

# REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

---

Volume 12 - nº 2 - Tomo II (K/V) - Jul./Dez. 2020

---



**Elaborado no 2º Semestre 2020**



REVISTA DE  
**ARTIGOS**  
**CIENTÍFICOS**  
DOS ALUNOS DA EMERJ

---

Volume 12 - nº2 - Tomo II (K/V) - Jul./Dez. 2020

---



**Elaborado no 2º Semestre 2020**

© 2020 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](http://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 2020**

## **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

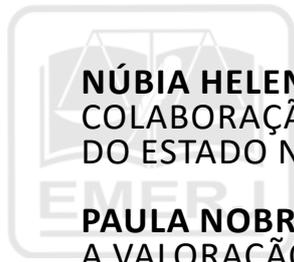
## **CONSELHO AVALIATIVO**

- Mônica Cavalieri Fetzner Areal
- Nelson Carlos Tavares Junior
- Ubirajara da Fonseca Neto





<b>KARINNE CARDOSO CANDIDO</b> O IMPACTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO E NO MERCADO ECONÔMICO BRASILEIRO.....	603
<b>LINDA BARBOSA DE NORONHA</b> LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA SAÚDE PÚBLICA.....	618
<b>LUCAS CARVALHO SOARES FREITAS</b> O USO DO COMPLIANCE COMO FORMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	632
<b>LUCAS RODRIGUES TOSTES</b> A SUPERVENIÊNCIA DO IPTU SOBRE IMÓVEIS PÚBLICOS CEDIDOS A PARTICULARES EXPLORADORES DE ATIVIDADE ECONÔMICA COM FINS LUCRATIVOS E A NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CESSÃO DE USO DO BEM PÚBLICO .....	649
<b>LUCIANA DE CASTRO LIMA KNAK</b> EUTANÁSIA: MORRER COM DIGNIDADE OU ESTAR CONDENADO AO SUSPIRO DE UMA VIDA INDIGNA?.....	665
<b>LUIZA ALVES GOUVÊA</b> A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA BUSCA PELA RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO E DESJUDICIALIZAÇÃO.....	679
<b>MADIAN NADIELI SIMONETTI LEAL</b> VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: A NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO NACIONAL ESPECÍFICA QUE DELIMITE SUAS HIPÓTESES .....	693
<b>MAIRA CAROLINA BERNARDO LOPES</b> HERANÇA DIGITAL: VALOR PATRIMONIAL E SUCESSÃO DE BENS ARMAZENADOS VIRTUALMENTE .....	708
<b>MARCO ANTONIO CASAL OLIVEIRA</b> O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A EXECUÇÃO PENAL: UMA QUESTÃO HUMANITÁRIA .....	722
<b>NATÁLIA VICTORIANO PIMENTA MONIOS</b> MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS PELA ANVISA: FORNECIMENTO PELO ESTADO EM CARÁTER EXCEPCIONAL OU DIREITO SUBJETIVO DO PACIENTE .....	738



<b>NÚBIA HELENA MARRON CARVALHO FERREIRA</b> COLABORAÇÃO PREMIADA: RESQUÍCIOS INQUISITORIAIS NA ATUAÇÃO DO ESTADO NESTE MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL .....	753
<b>PAULA NOBRE DE SOUZA PINTO VIEITAS</b> A VALORAÇÃO DO ATO INFRACIONAL NO PROCESSO PENAL .....	768
<b>PEDRO CARVALHO MAIA CASTRO</b> A INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO MEIO DE PROVA NA LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI Nº 12.850/13) .....	783
<b>PEDRO HENRICCO BAKER GOMES E SOUZA SANTOS</b> A REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DO SERVIDOR E O PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTO .....	797
<b>PEDRO HENRIQUE CHUJO BURLÁ</b> CONTROVÉRSIAS E LIMITES NO USO DE ATIRADORES DE ELITE PELO ESTADO E O INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA .....	812
<b>PRISCILA CARNEIRO DA SILVA</b> O DANO AMBIENTAL OCORRIDO EM BRUMADINHO-MG .....	829
<b>PRISCILLA CARVALHO RIBEIRO DANTAS</b> OS REFLEXOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS .....	846
<b>RACHEL LAZARY SEROUR</b> UMA ANÁLISE CRÍTICA AO SISTEMA DE PREVENÇÃO À INSOLVÊNCIA DO PL Nº 1.397/2020.....	860
<b>RAFAEL SILVA MATOSO</b> REGULAMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS EM TEMPO DE TRANSFORMAÇÃO DIGITAL .....	875
<b>RENATA LOPES DO NASCIMENTO</b> SMART CONTRACTS: UMA ANÁLISE SOBRE A SUA VIABILIDADE À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	892
<b>RENATA MELO HENRIQUES</b> A TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO E A IMPENHORABILIDADE PARCIAL DO BEM DE FAMÍLIA .....	908
<b>RENATA WOLTER</b> A COLEGIALIDADE NO STF E A EXPERIÊNCIA DO PLENÁRIO VIRTUAL .....	925
<b>ROBERTA FERREIRA RODRIGUES</b> IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	940
<b>ROBERTO RICARDO CONTREIRAS DE ALMEIDA NETO</b> DA PRODUÇÃO DE PROVAS EX OFFICIO POR PARTE DO MAGISTRADO NO PROCESSO PENAL EM CONTRAPONTO AO SISTEMA ACUSATÓRIO CONSTITUCIONAL.....	956
<b>RODRIGO LOURENÇO CANOSA</b> O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LACUNA LEGISLATIVA DECORRENTE DO VETO PRESIDENCIAL Nº 726/2019 .....	970



<b>RUY LOURY PINHEIRO DE OLIVEIRA</b> TRIBUTAÇÃO SOBRE PATRIMÔNIO EM SUA PERSPECTIVA ESTÁTICA E DINÂMICA E NÃO-CONFISCO .....	986
<b>SAMOEL GONÇALVES DE OLIVEIRA</b> O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE PROVAS .....	1000
<b>SAMUEL DA SILVA</b> OS CONTORNOS DO FEDERALISMO MISTO BRASILEIRO DIANTE DO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	1017
<b>SCARLETT PIRES THOMÉ DA MOTTA RIBEIRO SANTOS</b> A PREVISÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS E SUAS REPERCUSSÕES .....	1033
<b>SÍLVIA DE OLIVEIRA BOURGUIGNON</b> A EFETIVIDADE DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, SOB A ÓTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À ACESSIBILIDADE NAS ESCOLAS BRASILEIRAS.....	1047
<b>SIMONE CAMPOS ALVES</b> A PROIBIÇÃO DA AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA .....	1062
<b>THAIS RAMALHO MOREIRA</b> A DECISÃO DE ENQUADRAMENTO DOS CRIMES DE HOMOFOBIA E TRANSFOBIA NA LEI DE RACISMO E A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DO TIPO PENAL ESPECÍFICO DE HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL .....	1077
<b>THALLES PASSOS DE OLIVEIRA</b> AS SANÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL COMO DESESTÍMULO À PRÁTICA DE NOVOS ATOS ÍMPROBOS.....	1093
<b>TIAGO LOURENÇO CANOSA</b> O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E SUA COMPATIBILIDADE COM A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	1110
<b>VÍTOR BLANCO MECKING</b> ANÁLISE CRÍTICA DA APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSUMERISTAS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS .....	1125



## O IMPACTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO E NO MERCADO ECONÔMICO BRASILEIRO

Karinne Cardoso Candido

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da UNESA. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela EMERJ.

**Resumo** – na atual sociedade tecnológica, a transação de dados pessoais acontece a todo momento, em determinada altura, o mercado percebeu que poderia utilizar dessas informações para obter lucro na medida em que se tornou possível mapear e individualizar as preferências dos consumidores, os transformando numa valiosa matéria prima. Contudo, há empresas que utilizam esses dados de maneira indefinida e é por isso que a proteção dos dados pessoais se torna imprescindível. A finalidade desse trabalho é analisar o impacto jurídico e social da entrada em vigor da Lei nº 13.709/2018 chamada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que traz importantes mudanças no tratamento de dados pessoais de pessoas por empresas públicas e privadas. Além disso, verificar a importância Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e o impacto da entrada em vigor da LGPD no cenário jurídico brasileiro.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Direito do Consumidor. Lei Geral de Proteção de Dados. Autoridade Nacional de Proteção de Dados..

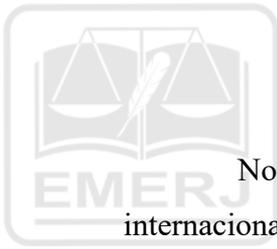
**Sumário** – Introdução. 1. Panorama da Lei Geral de Proteção de Dados: influências, criação e benefícios ao Brasil. 2. Normas e parâmetros internacionais de *data protection* x Autoridade Nacional de Proteção de Dados: a LGPD pode solucioná-los? 3. A LGPD pode contribuir com o aumento de demanda judiciais? Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa os objetivos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no cenário atual de uma sociedade internamente conectada, que expõe informações utilizadas pelas corporações para determinar o perfil dos compradores de maneira indiscriminada.

Com mais da metade da população do mundo conectada à rede diariamente rastros são deixados, pegadas digitais, que são as informações deixadas ao abrir conta em uma página ou fazer uma compra online. Todos esses dados são utilizados pelas empresas, monetizando-os, buscando seu cruzamento e análise ou a definição de estratégias de marketing, gerando enorme fonte de lucro.

Desse modo, o primeiro capítulo analisa as mudanças positivas trazidas pela LGPD que visam fornecer mais segurança jurídica aos titulares de dados e como a *General Data Protection Regulation* (GDPR) da União Europeia influenciou a criação da lei brasileira.



No segundo capítulo é explorada a adequação do Brasil aos parâmetros internacionais de transferência de dados e a problemática envolvendo a demora na criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e qual o seu papel frente à LGPD.

O capítulo terceiro busca responder como as mudanças vão interferir no Poder Judiciário e quais são os caminhos possíveis para solução da massificação de demandas sobre o assunto.

Por conseguinte, chega-se à conclusão de que a LGPD resolverá muitos dos problemas atuais no tocante à proteção de dados, sua criação fomenta a segurança jurídica, a inovação e maior transparência do mercado econômico e o desenvolvimento tecnológico da sociedade brasileira. Além disso, a ANPD servirá ao cidadão na medida em que será o canal direto, promovendo a orientação das empresas, a fiscalização e a aplicação de sanções a quem desrespeitar as novas normas impostas.

A presente pesquisa adota o método hipotético-dedutivo, em que a investigação parte da ideia geral da proteção de dados no Brasil e os reflexos da LGPD em contraste com a legislação internacional e as críticas à lei brasileira.

Ressalta-se que objeto da pesquisa jurídica apresenta abordagem qualitativa, explicativa e bibliográfica, tendo em vista que a pesquisadora vale-se da legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes para analisar a temática objeto desta pesquisa e defender a sua tese.

## 1. PANORAMA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: INFLUÊNCIAS, CRIAÇÃO E BENEFÍCIOS AO BRASIL

Para falar sobre a importância da criação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº13.709/2018<sup>1</sup>, é preciso primeiro explicar o direito à privacidade. A ligação se dá na medida em que a proteção de dados visa essencialmente proteger a privacidade dos consumidores. Por isso, é válido dizer que o direito à privacidade é considerado um direito fundamental pela Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>2</sup> que em seu artigo 12 traz um conceito abstrato de privacidade: “ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

<sup>1</sup>BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>2</sup>ONU. Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm#12>>. Acesso em: 15 set. 2020.



Contudo, foi com a evolução da tecnologia e a propagação da internet que resultou na “capacidade técnica cada vez maior de recolher, processar e utilizar a informação”<sup>3</sup>. Diante disso, a facilidade do acesso às informações privadas consequentemente traz a facilidade na divulgação delas para a sociedade como um todo. Baseado na expansão da relação do indivíduo e da sociedade houve a mudança no sentido das palavras público e privado, o que possibilitou a democratização da relevância da tutela e do exercício do direito à privacidade.

No Brasil, o art. 5º, incisos X, XI e XII da Constituição Federal<sup>4</sup> e o Código Civil, art. 21 da Lei nº 10.406/2002<sup>5</sup>, não utilizam a palavra privacidade, usam os termos vida privada e intimidade, sem conceituá-los. Porém, apesar de terem sido esses termos eleitos pelo constituinte continuam sendo abarcados pela privacidade, já que o que pretende é contemplar “atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica”, ou seja, o que “muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta”<sup>6</sup>. Assim sendo, sua finalidade primordial é a proteção da dignidade da pessoa humana, ao princípio fundamental que alcança todo o ordenamento jurídico brasileiro<sup>7</sup>.

Cabe aqui a exposição do panorama jurídico anterior à LGPD, quando a legislação sobre privacidade de dados no Brasil era feita pelo Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014<sup>8</sup>), pelo Código do Consumidor (Lei nº 8.078/1990<sup>9</sup>), pela Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011<sup>10</sup>), pela Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011<sup>11</sup>) e pelo Código Civil (Lei nº 10.406/2002<sup>12</sup>) e seu controle era substancialmente jurisprudencial.

<sup>3</sup>DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 91.

<sup>4</sup>BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>5</sup>BRASIL. *Código Civil*. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406\\_compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406_compilada.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>6</sup>SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

<sup>7</sup>CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. *O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro*. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00213.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>8</sup>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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>9</sup>BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>10</sup>BRASIL. *Lei nº 12.414*, de 9 de junho de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.



A jurisprudência dos Tribunais pautava-se nessas normas e aplicava o instituto da responsabilidade civil para dirimir os conflitos, ou seja, as violações ao direito à privacidade acarretavam indenização, e isso não mudou com a entrada em vigência da LGPD.

Entretanto, há muitas vantagens na aplicação da LGPD aos conflitos jurídicos relacionados ao dano à privacidade e violação a proteção dos dados pessoais. No dia 5 de setembro de 2020, a PG Associados promoveu o *Smart Legal*<sup>13</sup>, um evento sobre a LGPD, no qual o Ministro do STJ, Tarsio Vieira Sansiverino palestrou sobre o cenário jurisprudencial antes da LGPD, no qual disse que<sup>14</sup>:

[...] em 2012, tivemos o caso *Credit Score* – o consumidor contrai o financiamento -, um dos mais emblemáticos, do qual fui relator, e sintetiza como era feita a análise do Código do Consumidor. Esse caso sintetiza bem a atual preocupação que temos sobre privacidade de dados e segurança. Foram mais de 200 mil processos em andamento no País apenas com base nessa questão e isso estabeleceu limites, inclusive para efeito moral, sobre a legalidade do sistema [...].

Conforme entendimento do Ministro sobre a responsabilidade civil das empresas, a LGPD reproduz as diretrizes de sua legislação precursora europeia, a *General Data Protection Regulation* (GDPR<sup>15</sup>), estabelecendo sanções rigorosas, como multas de 2% do faturamento da empresa até o limite de R\$ 50 milhões. O Ministro Sansiverino menciona os casos da *Google*, *Apple* e *Hering* contra o Procon de São Paulo para exemplificar como essas multas já estão sendo aplicadas no Brasil e ainda alerta: “portanto, a responsabilidade administrativa já existe e vai se agravar com a nova lei”.

A LGPD propõe um tratamento mais severo na proteção dos dados pessoais e da privacidade dos consumidores, agravando a responsabilidade civil pelos atos ilícitos praticados. O que legitima sua necessidade na presente conjuntura de maior possibilidade de violação desses direitos. Percebe-se, assim, que a legitimidade da legislação exsurge de uma

---

<sup>11</sup>BRASIL. *Lei nº 12.527*, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>12</sup>BRASIL, op. cit., nota 05.

<sup>13</sup>ZAIDAN, Paula. *LGPD: aumento das demandas sobre privacidade e segurança preocupa STJ*. Disponível em: <<https://www.securityreport.com.br/destaques/lgpd-aumento-das-demandas-sobre-privacidade-e-seguranca-preocupastj/#.X4ditWhKhPb>>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>14</sup>Ibid.

<sup>15</sup>É a sigla em inglês para *General Data Protection Regulation*, que traduzido significa “Regulamento Geral de Proteção de Dados”, que é a norma mais recente criada e aprovada para ampliar a proteção de dados pessoais de cidadãos da União Européia (UE). Tal norma se aplica para todas as empresas estabelecidas na Europa e até mesmo para empresas privadas ou públicas fora dos limites territoriais, mas que possuem relação de negócio com clientes e parceiros europeus. SOUZA, Mauro. *O que é GDPR? Confira as 4 principais dicas para não ser pego de surpresa*. Disponível em: <[606 | Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro](https://www.e-trust.com.br/o-que-egdpr/#:~:text=O%20GPDR%20%C3%A9%20a%20sigla,da%20Uni%C3%A3o%20Europ%C3%A9ia%20(UE).></a>>. Acesso em: 30 set. 2020.</p></div><div data-bbox=)



conjuntura propícia à violação desses direitos. Nesse sentido, o artigo 42<sup>16</sup> da LGPD estabelece que a responsabilidade é objetiva, ou seja, independente de culpa e, também, solidária entre o controlador e o operador dos sistemas de informação, no que tange ao tratamento irregular dos dados pessoais; sem prejuízo de responsabilização individualizada.

Ademais, nesse mesmo artigo estão previstas indenizações por danos patrimoniais, morais, individuais e coletivos, nos mesmos moldes da responsabilidade civil do fornecedor do Código do Consumidor, isto é, prevendo a inversão do ônus da prova quando se quiser indicar comprovar uma excludente de responsabilidade civil. Acrescente-se que esse artigo disciplina a indenização por danos patrimoniais e morais; individuais e coletivos utilizando os mesmos fundamentos insculpidos no microsistema das ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor, como a inversão do ônus da prova.

Como apresentado anteriormente a LGPD entra em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em um momento em que o mundo se preocupa com a imensa quantidade de dados transmitidos diariamente. Sendo essa preocupação de âmbito mundial, muitos países já se anteciparam na regulamentação sobre a proteção de dados visando a segurança e a privacidade.

Comumente na História do Direito, países se inspiram em legislações preexistentes para elaboração de suas próprias, é o que ocorreu no caso das normas protetivas de dados. No caso brasileiro, a LGPD foi influenciada pela GDPR. A GDPR foi criada em 2016 e entrou em vigor em 2018. Contudo, a Europa é pioneira na regulamentação da privacidade e dados pessoais, isso porque muitos países possuíram governos autoritários que promoviam o monitoramento da população.

Além disso, é uma sociedade desenvolvida, motivo pelo qual teve oportunidade de experimentar as inovações tecnológicas de uma forma popular e isso afetou a coletividade mais rapidamente. Essa é a razão pela qual ao mesmo tempo que as empresas europeias

---

<sup>16</sup>BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados*. Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. § 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados: I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei; II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43, op. cit., nota 01. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.



perceberam as vantagens do uso das informações em estratégias competitivas de mercado, especialistas perceberam a probabilidade dessas empresas cometerem abusos.

Dentre esses abusos destacam-se os mais comuns de empresas que foram alvo de multas milionárias, sendo eles o vazamento de dados e o comportamento impróprio no ambiente digital. O primeiro ocorre quando essas companhias dão acesso aos dados de seus clientes à terceiros sem autorização e, o segundo é quando aplicativos de celular adquirem os dados de localização, áudio e imagens dos usuários sem que eles sejam informados.

Um exemplo de empresa de foi multada por atitudes irresponsáveis quanto à proteção de dados de seus usuários foi o *Google*, multado em 50 milhões de euros em 21 de janeiro de 2019 “por não apresentar transparência, controles e opções de consentimento o suficiente no processamento de dados pessoais para propósitos publicitários”<sup>17</sup>.

Depois da entrada em vigor da GDPR e suas formas rigorosíssimas de sanção o que se notou foi uma diminuição dos atos violadores da privacidade dos consumidores, porém isso ocorreu também devido a atuação de entidades chamadas de Autoridades de Proteção de Dados, que tem como finalidade a orientação e fiscalização das empresas. Dessa forma, notou-se que “no segundo semestre de 2019, de milhares de denúncias, surgiram 89 casos de sanções e apenas 7 multas milionárias.”<sup>18</sup>.

Portanto, conclui-se que as Autoridades são institutos fundamentais para instruir o setor privado. No Brasil, a LGPD previu a constituição da ANPD, Autoridade Nacional de Proteção de Dados com esses objetivos, porém o Legislativo brasileiro ainda encontra certos percalços, objeto de estudo do capítulo a seguir.

## 2. NORMAS E PARÂMETROS INTERNACIONAIS DE *DATA PROTECTION* X AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: A LGPD PODE SOLUCIONÁ-LOS?

A LGPD entrou em vigor em agosto de 2020 e, além de inovações, é permeada de polêmicas. Destacam-se as mais comentadas no âmbito jurídico que ao mesmo tempo relacionam-se. A primeira discussão gira em torno da adequação do Brasil à proteção de

---

<sup>17</sup>SOUZA, Ramon de. *Hoje é o dia Internacional da Proteção de Dados Pessoais*. Disponível em: <<https://thehack.com.br/hoje-e-o-dia-internacional-da-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>18</sup>Ibid.



dados para transferências internacionais e, a segunda e mais importante, é sobre a existência e efetivo funcionamento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados<sup>19</sup> (ANPD).

Cabe começar pela primeira polêmica destacada, qual seja, a exigência de ajuste das normas brasileiras aos parâmetros internacionais de proteção de dados<sup>20</sup>. Já foi mencionado que no cenário mundial econômico atual é elementar que o país que deseja estar competitivo no mercado possua diretrizes rigorosas sobre a proteção de dados, é sobre esse ponto a investigação se aprofunda.

Nesse viés, observa-se que desde o advento da GDPR em 2018, a União Europeia tem sido cada vez mais exigente nas transferências de dados pessoais com o Brasil. Isso porque a Comissão Europeia, órgão decisor de adequação ao nível de proteção, ainda não considera que o Brasil possui um nível adequado de proteção de dados. Fato é que essa imposição é muito pertinente pois cuida da segurança jurídica dos negócios e investimentos em ambos os países.

Dentre essas exigências feitas pela União Europeia o artigo 45º, 2. 'b', GDPR<sup>21</sup> é o que interessa ao presente estudo porque demonstra a relação entre as duas polêmicas citadas anteriormente. Posto que determina o requisito do país garantir a existência e o efetivo funcionamento de uma autoridade de controle independente que, no caso brasileiro, recebeu o nome de Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Com previsão de constituição na LGPD, ela traz o conceito<sup>22</sup> da entidade que seria o órgão da Administração Pública Federal responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei em todo o território nacional. Em outras palavras, trata-se de um canal direto entre sociedade e governo já que possibilita às pessoas tirarem dúvidas e enviar denúncias relativas ao cumprimento da LGPD.

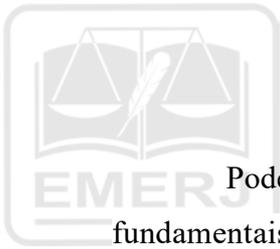
---

<sup>19</sup>BRASIL. *Lei nº 13.853*, de 8 de julho de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113853.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>20</sup>ABRUSIO, Juliana et al. *A vigência da LGPD e o desafio de adequação no Brasil e do Brasil*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-23/direito-digitala-vigencia-lgpd-desafio-adequacao-brasil-brasil>>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>21</sup>UE Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – Artigo 45. 2.b) A existência e o efetivo funcionamento de uma ou mais autoridades de controle independentes no país terceiro ou às quais esteja sujeita uma organização internacional, responsáveis por assegurar e impor o cumprimento das regras de proteção de dados, e dotadas de poderes coercitivos adequados para assistir e aconselhar os titulares dos dados no exercício dos seus direitos, e cooperar com as autoridades de controle dos Estados-Membros. PRIVACY REGULATION. *UE Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – Transferências com base numa decisão de adequação*. Disponível em: <<https://www.privacy-regulation.eu/pt/45.htm>>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>22</sup>BRASIL. *Lei nº 13.709/2018*, de 14 de agosto de 2018. Art. 5º: Para os fins desta Lei, considera-se: [...] XIX - autoridade nacional: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional; [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)>. Acesso em: 30 set. 2020.



Pode ser ainda definido como um órgão que pretende proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos. Além disso, busca orientar as empresas e a sociedade na aplicação da LGPD, receber denúncias da população sobre prováveis infrações a lei, fiscalizar as empresas e, ainda, tem autonomia para aplicação de sanções administrativas em caso de tratamento de dados infringindo à legislação, entre outras funções enumeradas na lei.

Por consequência a criação da ANPD é fundamental para determinar o sucesso na aplicação das diretrizes previstas na LGPD. Outro motivo é que se considera que a LGPD possui cunho principiológico, isto é, trata-se de uma norma com base em princípios que expõem a real intenção da norma. Desse modo, a ANPD auxiliará os atores da lei na aplicação desses princípios nos valores da empresa para que de fato a proteção de dados faça parte da cultura brasileira.

A questão que se visa salientar é a inquietação que acomete a sociedade brasileira pela instabilidade do legislador quanto a estruturação da ANPD. Relevante observar as circunstâncias nas quais a LGPD entra em vigor. O ano de 2020 é marcado pela pandemia do coronavírus, por isso a MP nº 959/20<sup>23</sup> (convertida na Lei nº 14.058/2020<sup>24</sup>) que trata da operacionalização do BEm – Benefício Emergencial –, pago a trabalhadores com redução de jornada e suspensão de contrato durante a pandemia, pretendeu, sem êxito, ampliação do prazo de vigência da LGPD.

Após complexo trâmite, a LGPD por fim entrou em vigor em agosto de 2020, porém a Lei nº 14.010 de 2020<sup>25</sup> “adiou de 1º de janeiro de 2021 para 1º de agosto de 2021 a vigência das sanções que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), ainda pendente de instalação, pode aplicar nos órgãos, entidades e empresas que lidam com o tratamento de dados”<sup>26</sup>.

<sup>23</sup>BRASIL. *Medida Provisória nº 959/2020*, de 29 de abril de 2020. - Art. 4º: A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações: [...] Art. 65. [...] II - em 3 de maio de 2021, quanto aos demais artigos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv959.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv959.htm)>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>24</sup>BRASIL. *Lei nº 14.058*, de 17 de setembro de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14058.htm)>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>25</sup>BRASIL. *Lei nº 14.010/2020* de 10 de junho de 2020. Art. 20: O caput do art. 65 da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso I-A: [...] Art. 65: [...] I-A - dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54 [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm)>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>26</sup>BRASIL. Senado Federal. *Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-emvigor#:~:text=A%20Lei%2014.010%2C%20de%202020,com%20o%20tratamento%20de%20dados.>>>. Acesso em: 30 set. 2020.



Como afirma a Confederação Nacional da Indústria (2020), a entrada em vigor da LGPD sem a atuação da ANPD provoca insegurança jurídica para o mercado econômico e, principalmente, para micro e pequenas empresas que precisam de maiores orientações sobre a aplicação legal dos parâmetros da LGPD.

Está formado o obstáculo, visto que a nomeação do Conselho Diretor e do diretor-presidente, órgão máximo de direção da ANPD, deve passar pela aprovação do Senado Federal. Isso porque as atividades das comissões permanentes do Senado Federal estão suspensas em razão da pandemia de covid-19. Portanto, o fato de a ANPD não ter sido formada simultaneamente a entrada em vigor da LGPD gera preocupação.

Por outro lado, Felipe Palhares<sup>27</sup> sustenta que:

[...] é melhor termos à legislação do que não termos. Sem LGPD em vigor, órgãos de defesa do consumidor continuarão atuando de forma intensa, o que tende a causar maiores prejuízos do que ganhos, na medida em que esses órgãos criarão interpretações sobre proteção de dados pessoais que caberiam à ANPD, permitindo um conflito de visões sobre proteção de dados pessoais antes mesmo da vigência da nossa principal legislação sobre o tema [...].

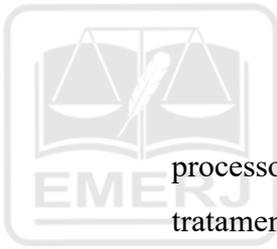
Por fim, um tópico interessante a observar e que entrelaça as duas discussões é o resultado da criação da ANPD no contexto internacional pois ela apresenta o Brasil como adepto às novas diretrizes sobre a proteção dos dados pessoais. Isso contribui para que o país seja visto como seguro e moderno para potenciais investimentos o que gera o fomento do mercado brasileiro em diversos segmentos.

No que tange ao benefício das empresas, perante esse cenário internacional e das expectativas econômicas, elas possuem o momento perfeito para se organizarem internamente, providenciando que seus procedimentos, contratos comerciais e gestão estejam adequados as normas apresentadas na LGPD, projetando oferecer serviços e produtos de uma maneira mais transparente. É certo que esse aperfeiçoamento da gestão empresarial causará um impacto positivo à imagem da empresa no mercado e até possibilitará a atração de investidores nacionais e internacionais.

Portanto, independente de alguns obstáculos enfrentados para constituição da ANPD, não restam dúvidas que as empresas devem estar preparadas para o futuro, realinhando seus

---

<sup>27</sup>ISTOE. *CNI*: Entrada em vigor da Lei de Dados aumenta urgência da criação da ANPD. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/cni-entrada-em-vigor-da-lei-de-dados-aumenta-urgencia-da-criacao-daanpd/>>. Acesso em: 30 set. 2020.



processos, sistematizando suas atividades e traçando suas prioridades para que seus tratamentos de dados pessoais correspondam as expectativas da nova norma.

### 3. A LGPD PODE CONTRIBUIR COM O AUMENTO DE DEMANDA JUDICIAIS?

Diante da entrada em vigor da LGPD, o mundo jurídico é diretamente afetado devido a responsabilização estabelecida nos artigos 42 e 44, Lei nº 13.709/2018 que, como antes citado, prevê a responsabilidade civil objetiva e solidária do controlador ou operador que no tratamento de dados pessoais violar a legislação protetiva.

Por esse motivo há a preocupação no tocante ao aumento na quantidade de processos no Superior Tribunal de Justiça. Sobre o assunto o ministro Paulo de Tarso Sanseverino<sup>28</sup> afirma que:

[...] a eventual culpa da vítima pode afastar a responsabilidade do controlador. Um exemplo são senhas e e-mails, como foi o caso do Intercept. E também temos a exposição da pessoa nas redes sociais. Esse descuido pode afastar a responsabilidade do controlador. Isso demanda uma cultura no tratar da nova tecnologia [...].

O argumento do ministro encontra respaldo no fato de que a sociedade brasileira é uma das mais conectadas às redes sociais<sup>29</sup> e sem conhecimento claro do risco de exposição de seus dados pessoais na internet. O termo que define esse enorme número de acessos é engajamento, e as marcas usam essas informações para promover ações, campanhas e lançamentos e, conseqüentemente, ganhar dinheiro.

Embora o frequente acesso dos brasileiros à internet venha ocasionando o impulsionamento da economia digital do país, não há dúvidas da importância da proteção dos dados pessoais e da privacidade desses cidadãos. Como solução a essa questão, o ministro informa que o STJ vem trabalhando em uma ferramenta de inteligência artificial que vai filtrar demandas repetidas em massa, visando a automatização dessa busca para facilitar a resolução dos processos sobre o tema.

<sup>28</sup>MEDEIROS, Henrique. *LGPD vai gerar aumento exponencial em aberturas de processos, prevê ministro do STJ*. Disponível em: <<https://www.mobiletime.com.br/noticias/05/09/2019/lgpd-tera-aumento-exponencial-em-aberturas-de-processos-preve-ministro-do-stj/>>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>29</sup>CANALTECH. *COMSORE: brasileiro passa um terço do seu tempo online em redes sociais*. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/comportamento/comScore-brasileiro-passa-um-terco-do-seu-tempo-online-em-redesso-ciais/#:~:text=comScore%3A%20brasileiro%20passa%20um%20ter%C3%A7o%20do%20seu%20tempo%20online%20em%20redes%20sociais,Por%20Reda%C3%A7%C3%A3o&text=A%20pesquisa%20mostra%20que%20o,da%20m%C3%A9dia%20da%20Am%C3%A9rica%20Latina.>>. Acesso em: 30 set. 2020.



Em recente julgado<sup>30</sup> a Ministra Nancy Andrighi do STJ decidiu que “configura dano moral *in re ipsa* a ausência de comunicação acerca da disponibilização/comercialização de informações pessoais em bancos de dados do consumidor”. Trata-se de uma decisão controvertida pois adotada a teoria do dano *in re ipsa*, que é aplicada no Código do Consumidor, a pessoa que sofreu violação de seus dados pessoais não precisa comprovar que sofreu o dano para ter direito à indenização.

Entretanto, acertadamente, a própria LGPD já propõe caminhos para evitar o incômodo da judicialização excessiva. Entre as instruções, a lei prevê no artigo 9º o direito dos titulares de dados pessoais de terem acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, além de outros direitos estabelecidos nos artigos 17 a 22. Como a medida mais importante e eficaz, Rony Vainzof<sup>31</sup> esclarece que os controladores devem “adotar uma postura de soluções de conflitos dos seus usuários *by design*, pelo qual o método de negociação, conciliação, mediação e de decisões administrativas deve estar incorporado à arquitetura de seus sistemas e modelos de negócio”.

Isso significa que o primeiro passo para solucionar uma questão referente a dados pessoais, é o titular tentar diretamente com o controlador antes de chegar ao Poder Judiciário. Sobre essa etapa o artigo 52, parágrafo 7º da LGPD determina que vazamentos ou acessos não autorizados podem ser objeto de conciliação direta entre controlador e titular e, apenas quando for o caso de não haver acordo, o controlador poderá sofrer as penalidades da lei.

Nesse sentido, a doutrina processualista, entre eles Fernando Gajardoni<sup>32</sup>, acredita que é preciso uma releitura do princípio do acesso à Justiça nesses casos pois, não haveria violação do “artigo 5º, XXXV, da CF e o artigo 3º, caput, do CPC, a exigência de prévio requerimento extrajudicial antes da propositura de ações perante o Judiciário”, devendo essa ser a derradeira opção. Além disso, ele afirma que nas hipóteses nas quais não há acordo direto entre o titular e o controlador a existência da plataforma <consumidor.gov.br> do Governo Federal, é um indicado recurso para evitar o ajuizamento de ações no Judiciário.

A narrada postura proporcionaria inúmeros benefícios para ambas as partes e para o Judiciário, na medida em que o consumidor veja seu problema dirimido mais rapidamente, as

<sup>30</sup>BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.758.799-MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/ramosdedireito/informativo\\_ramos\\_2019.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2019.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2020.

<sup>31</sup>MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM; Renato Opice (Coord). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 104-105.

<sup>32</sup>ROQUE, Andre Vasconcelos et al. *Releitura do princípio do acesso à Justiça: a necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processocivil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica-a-necessidade-deprevio-requerimento-e-o-uso-daplataform-a-consumidorgovbr>>. Acesso em: 30 set. 2020.



empresas diminuam gastos e aquele último não sofreria com demandas desnecessárias. Para mais, a estruturação da ANPD é esperada já que se trata do órgão responsável para<sup>33</sup>:

[...] apreciar petições de titular contra controlador após comprovação de não solução de reclamação no prazo estabelecido em regulamentação, bem como pela implementação de mecanismos simplificados, inclusive por meio eletrônico, para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com a lei [...].

Pode-se concluir que o temor quanto as demandas judiciais em massa sobre dados pessoais dos consumidores é plausível, porém a própria LGPD traz mecanismos capazes de resolver esse problema, deixando o Judiciário disponível para cuidar das causas mais complexas que envolvam a proteção da constitucionalidade e legalidade referentes a solução de conflitos de competência dos controladores.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa atestou que a proteção de dados pessoais é de suma importância no cenário nacional e internacional. Isso porque, as empresas auferem lucro quando extraem os dados pessoais dos consumidores, muitas vezes de formas escusas, o que fere seu direito à privacidade garantido pela Constituição Federal.

Foi pesquisado que, inspirado por legislações internacionais como a GDPR, criada pela União Europeia em 2016, o Brasil criou a Lei nº 13.709/2018 para regulamentar o tratamento de dados pessoais utilizados pelas empresas para que o direito à privacidade dos cidadãos brasileiros seja efetivamente garantido.

A entrada em vigor da LGPD foi permeada de situações excepcionais, muito por causa da própria intenção da lei de regulamentar um assunto atual, complexo e importante como a proteção de dados pessoais. Observou-se que o maior problema encarado é o fato da ANPD ainda não estar constituída para auxiliar as empresas a se adequarem ao modelo proposto e a insegurança jurídica e social.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que as decisões judiciais antes da LGPD sobre o conflito entre o direito fundamental de privacidade dos usuários e o direito à propriedade intelectual

---

<sup>33</sup>MARTINS, Ricardo Maffei Martins; VAINZOF, Rony. *Sanções e judicialização em massa*: que este não seja o 'novo normal' da LGPD. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/martins-vainzof-judicializacao-nao-seja-normal-lgpd#\\_ftn6](https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/martins-vainzof-judicializacao-nao-seja-normal-lgpd#_ftn6)>. Acesso em: 30 set. 2020.



das empresas eram resolvidos com indenizações morais aos usuários, o que era apenas uma forma retrógrada de lidar com a situação.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que a LGPD chega em um momento significativo para a evolução jurídica e econômica da sociedade brasileira pois, com a nova regulamentação haverá mais transparência sustentando a transferência de dados pessoais nas empresas e consequentemente maior segurança jurídica para os usuários proprietários dos dados.

Outro resultado economicamente promissor que se verificou foi que com a implementação da LGPD consubstanciada pela fiscalização da ANPD, o Brasil figurará como agente capacitado às transferências de dados pessoais com empresas internacionais, aumentando o alcance de benefícios das empresas e economia nacional.

O terceiro capítulo trouxe um questionamento pertinente quanto o aumento de demandas judiciais que a LGPD poderá acarretar. Ficou evidente que a solução para evitar a judicialização é um trabalho de transparência e conscientização efetivo perante os titulares de dados, esclarecendo e demonstrando que a própria lei prevê mecanismos e que o Judiciário deve ser considerado a última instância.

## REFERÊNCIAS

ABRUSIO, Juliana et al. *A vigência da LGPD e o desafio de adequação no Brasil e do Brasil*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-23/direito-digitala-vigencia-lgpd-desafio-adequacao-brasil-brasil>>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406\\_compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406_compilada.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 14.058, de 17 de setembro de 2020*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Lei/L14058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14058.htm)>. Acesso em: 30 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.



\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato\\_2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.709/2018*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)>. Acesso em: 30 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.853*, de 8 de julho de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113853.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 14.010/2020*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm)>. Acesso em: 30 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020. BRASIL. Senado Federal. *Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-emvigor#:~:text=A%20Lei%2014.010%2C%20de%202020,com%20o%20tratamento%20de%20dados.>>. Acesso em: 30 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.758.799-MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/ramosde\\_direito/informativo\\_ramos\\_2019.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosde_direito/informativo_ramos_2019.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.414*, de 9 de junho de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 959/2020*, de 29 de abril de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv959.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv959.htm)>. Acesso em: 30 set. 2020.

CANALTECH. *COMSCORE*: brasileiro passa um terço do seu tempo online em redes sociais. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/comportamento/comScore-brasileiro-passa-um-terco-do-seu-tempo-online-em-redessociais/#:~:text=comScore%3A%20brasileiro%20passa%20um%20ter%C3%A7o%20do%20seu%20tempo%20online%20em%20redes%20sociais,Por%20Reda%C3%A7%C3%A3o&text=A%20pesquisa%20mostra%20que%20o,da%20m%C3%A9dia%20da%20Am%C3%A9rica%20Latina.>>. Acesso em: 30 set. 2020.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. *O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro*. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00213.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ISTOÉ. *CNI*: Entrada em vigor da Lei de Dados aumenta urgência da criação da ANPD. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/cni-entrada-em-vigor-da-lei-de-dados-aumenta-urgencia-da-criacao-da-anpd/>>. Acesso em: 30 set. 2020.



MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM; Renato Opice (Coord). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MARTINS, Ricardo Maffei Martins; VAINZOF, Rony. *Sanções e judicialização em massa: que este não seja o 'novo normal' da LGPD*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/martins-vainzof-judicializacao-nao-seja-normal-lgpd#\\_ftn6](https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/martins-vainzof-judicializacao-nao-seja-normal-lgpd#_ftn6)>. Acesso em: 30 set. 2020.

MEDEIROS, Henrique. *LGPD vai gerar aumento exponencial em aberturas de processos, prevê ministro do STJ*. Disponível em: <<https://www.mobiletime.com.br/noticias/05/09/2019/lgpd-tera-aumento-exponencial-em-aberturas-de-processos-preve-ministro-do-stj/>>. Acesso em: 30 set. 2020.

ONU. Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm#12>>. Acesso em: 15 set. 2020.

PRIVACY REGULATION. *UE Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – Transferências com base numa decisão de adequação*. Disponível em: <<https://www.privacy-regulation.eu/pt/45.htm>>. Acesso em: 30 set. 2020.

ROQUE, Andre Vasconcelos et al. *Releitura do princípio do acesso à Justiça: a necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processocivil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica-a-necessidade-deprevio-requerimento-e-o-uso-daplataforma-consumidorgovbr>>. Acesso em: 30 set. 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.  
SOUZA, Mauro. *O que é GDPR? Confira as 4 principais dicas para não ser pego de surpresa*. Disponível em: <[https://www.e-trust.com.br/o-que-egdpr/#:~:text=O%20GPDR%20%C3%A9%20a%20sigla,da%20Uni%C3%A3o%20Europ%C3%A9ia%20\(UE\)](https://www.e-trust.com.br/o-que-egdpr/#:~:text=O%20GPDR%20%C3%A9%20a%20sigla,da%20Uni%C3%A3o%20Europ%C3%A9ia%20(UE).)>. Acesso em: 30 set. 2020.

SOUZA, Ramon de. *Hoje é o dia Internacional da Proteção de Dados Pessoais*. Disponível em: <<https://thehack.com.br/hoje-e-o-dia-internacional-da-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 15 set. 2020.

ZAIDAN, Paula. *LGPD: aumento das demandas sobre privacidade e segurança preocupa STJ*. Disponível em: <<https://www.securityreport.com.br/destaques/lgpd-aumento-das-demandas-sobre-privacidade-e-seguranca-preocupastj/#.X4ditWhKhPb>>. Acesso em: 15 set. 2020.



## LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA SAÚDE PÚBLICA

Linda Barbosa de Noronha

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – a Constituição da República Federativa do Brasil consagrou a saúde como direito fundamental, entretanto, as políticas públicas necessárias à sua implementação não são efetivadas de modo satisfatório. Para combater tal desvio, entra em cena o Poder Judiciário, com decisões que buscam dar eficácia ao texto constitucional. Porém, essa atitude proativa não deve ser tomada a qualquer custo, mas levando em consideração outros princípios igualmente relevantes no ordenamento jurídico pátrio, bem como os critérios vinculantes estabelecidos pelos Tribunais Superiores com base na técnica da ponderação.

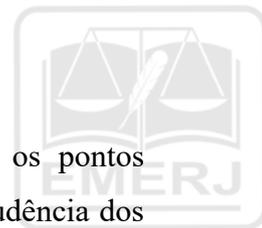
**Palavra-chave** – Ativismo Judicial. Saúde Pública. Separação dos Poderes.

**Sumário** – Introdução. 1. A legitimidade da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas elaboradas e realizadas pelos demais poderes. 2. O conflito entre o ativismo judicial como forma efetivação dos direitos e a alegação da reserva do possível pelo ente público. 3. A decisão judicial como instrumento de eficácia dos direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a colisão que existe entre a benesse do Ativismo Judicial para a concretização do direito fundamental a saúde, direito este com amparo constitucional no art. 196, da CF. Visto que o cidadão se vê impotente diante da negativa do Poder Público em relação a tratamento ou medicamento imprescindível para sua saúde. Não encontrando alternativa, a não ser se socorrer junto ao Poder Judiciário para alcançar o bem da vida pretendido.

Do outro lado, existe o malefício de um Poder se imiscuir em questões do outro, já que o responsável pela forma de organização das políticas públicas seria o Poder Executivo. Dito de outro modo, regra geral, cabe ao Poder Executivo definir as prioridades em sua gestão, bem como onde serão empregadas as verbas públicas. Portanto, resta outro princípio que deve ser contrabalanceado com o direito fundamental a saúde, qual seja, a harmonia entre os Poderes da República também consagrado na Constituição Federal em seu art. 2º.



Portanto será analisada a doutrina que expõe o tema, demonstrando os pontos positivos e negativos do Ativismo Judicial na área da saúde. Bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores que indicam um norte de como o aplicador do direito deve se portar diante do caso concreto, além de colaborar para a reflexão sobre o assunto.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando até que ponto o Poder Judiciário estaria intervindo nas políticas públicas quando decide por conceder determinado medicamento ou tratamento ao cidadão, com olhos na concretização do direito fundamental a saúde e a dignidade da pessoa humana.

Segue-se no segundo capítulo com críticas contundentes ao argumento genérico empregado pelo Poder Público de que a Teoria da Reserva do Possível seria empecilho suficiente para afastar sua responsabilidade em dar efetividade ao direito fundamental à saúde.

Por fim, o terceiro capítulo analisa qual o limite do atuar do Poder Judiciário, ponderando que apesar das decisões judiciais concessivas de medicamentos e tratamentos médicos serem um instrumento para dar eficácia ao direito fundamental a saúde, devem ser tomadas de modo responsável, com o fim de não interferirem nas políticas públicas de modo temerário.

A presente pesquisa desenvolve-se por meio de um conjunto de proposições hipotéticas, valendo-se de método hipotético-dedutivo, de maneira argumentativa com emprego de críticas abordagens com vistas a demonstrar premissas que devem ser observadas pelo aplicador do direito quando da aplicação do Ativismo Judicial na área da saúde.

Para tanto, o objeto desta pesquisa de cunho jurídico, transcorre de maneira qualitativa, empregando-se a bibliografia existente relativa à temática do estudo em questão, objetivando contribuição para a robustez da tese apresentada e sustentada.

## 1. A LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS ELABORADAS E REALIZADAS PELOS DEMAIS PODERES

Hodiernamente, um fenômeno jurídico passou a fazer parte das causas que adentram no Poder Judiciário com mais intensidade, é a chamada “judicialização da saúde”. Portanto, é necessário analisar se a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas direcionadas a saúde pode prejudicar a atuação do Estado no âmbito dos direitos sociais.

A questão é bastante complexa, pois, de um lado, as intervenções, através de ordens judiciais, garantem o acesso a medicamentos e tratamentos aos jurisdicionados em questões



específicas. De outro, tal medida pode desorganizar o sistema público e a política adotada pelo Poder Executivo nesta área.

Insta salientar que a crise no sistema público de saúde impede que o Estado consiga cumprir com a função de proteger e oferecer tratamentos terapêuticos para toda a população, o que intensifica a dualidade apresentada: garantir o bem da vida pleiteado por um jurisdicionado específico ou respeitar de forma absoluta as políticas públicas na área de saúde apresentada pelo Estado.

Partindo de uma análise histórica, é possível constatar que a realização de políticas públicas está diretamente relacionada com a forma política e econômica que cada Estado tem interesse em adotar. Em um país cuja política está voltada para o desenvolvimento da economia de mercado, as políticas públicas são muito reduzidas, ou até mesmo inexistentes para a maioria da população, a proposta tem como fundamento a redução absoluta da atuação estatal. Tal movimento<sup>1</sup> é chamado de neoliberalismo, apresentando-se como um contraponto ao *welfare state*.

Por outro lado, em um contexto em que política estatal busca o bem estar social, a ideia é de que o Estado deve garantir à população ao menos o mínimo necessário para poder existir com dignidade, e esta garantia é alcançada através dos benefícios sociais. A forma como estas medidas de proteção social são distribuídas depende de como cada Estado se organiza para decidir onde os investimentos serão aplicados.

De todo modo, a Constituição Federal de 1988 buscou implementar o Estado do bem estar social no Brasil, conferindo saúde gratuita a todos, educação pública como um dever dos governantes, bem como assistência social aos necessitados. Ocorre que, assim como qualquer política pública, a saúde também possui custo financeiro, dependendo de disponibilização orçamentária.

Somado a isso, o acesso à justiça foi facilitado com o passar dos anos através de medidas concretas como a instauração dos juizados especiais, a assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes, dentre outras, isso com fulcro no art. 5º, XXXV, da CRFB<sup>2</sup>. Como consequência desse fenômeno, juízes passaram a ocupar espaço na distribuição de direitos garantidos através de políticas públicas.

Portanto, determinar o limite de atuação do Judiciário frente a essas políticas é o que se propõe, de forma a delimitar o que é a função jurisdicional de obrigar os Poderes

<sup>1</sup> PENA, Rodolfo Alves. *O que é neoliberalismo?* Disponível em <<https://brasilescola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-neoliberalismo.htm>>. Acesso em: 21 out. 2020.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 out. 2020.



Executivos e Legislativos a agirem de determinada forma, sem que haja a intromissão na competência de outros poderes, bem como, para que não se estabeleça um ativismo judicial desarrazoado.

Isso porque as divergências sobre o papel da jurisprudência como fonte criadora de normas jurídicas são intensas, sobretudo, no que se refere à extensão e legitimidade. Cada vez mais a jurisdição tem assumido um lugar de destaque, notadamente em virtude da atuação das cortes constitucionais na concretização e realização das constituições.

A doutrina mais tradicional sustenta, com fundamento no Princípio da Separação dos Poderes, que os juízes têm legitimidade democrática apenas para a aplicação, e não para a produção de normas. Porém, Inocêncio Mártires Coelho<sup>3</sup>, pondera que a sobrevivência do Princípio da Separação dos Poderes depende de sua adequação às mudanças impostas pela *práxis* constitucional, sendo imprescindível sua reinterpretação de forma a “adaptá-lo às exigências do moderno Estado de Direito”. Para o autor<sup>4</sup>, “a interpretação criadora é uma atividade legítima que o juiz desempenha naturalmente no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à margem da lei”.

Por considerar inquestionável legitimidade e imprescindibilidade da criação judicial do direito, Canotilho<sup>5</sup> afirma que a controvérsia deve girar apenas em torno de sua extensão. Em suas palavras, “a investigação e obtenção do direito criadoramente feita pelos juízes ao construírem normas de decisão para a solução de casos concretos constitui um dos momentos mais significativos da pluralização das fontes de direito”.

Desta forma, importante destacar o estabelecimento do chamado constitucionalismo democrático, que nos tempos de *welfare state* dotou o Judiciário de capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação. O direito invade a política ao regular setores frágeis, com o fim de dar cobertura àqueles que necessitam e são mais vulneráveis, tornando-se o juiz, um protagonista de muitas questões sociais.

Sob outra perspectiva, há a constatação de que a excessiva judicialização da matéria não tem sido bem-sucedida, pois, para cada liminar concedida, os valores são retirados do planejamento das políticas públicas destinadas a toda coletividade. Por isso, o sopesamento é importante para manter a universalidade sistema, evitando a seletividade, onde aqueles que

---

<sup>3</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes*. Brasília: Revista de informação legislativa, 1997, p. 99.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 39.



obtem uma decisão judicial acabam tendo preferência em relação a toda uma política pública planejada.

Assim, é possível concluir que regra geral, o Poder Judiciário deve se abster de interferir nas políticas públicas adotadas pelo Executivo e Legislativo quando se trata do fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde. Isso com vistas ao planejamento orçamentário adotado pelo Estado, bem como o respeito à ordem de preferência daqueles que necessitam do SUS.

Afinal, as fontes de receita são finitas, o que faz com que o administrador público tenha que encarar as chamadas “escolhas trágicas”, manejando o orçamento da melhor forma possível, mas sabendo que cumprir integralmente os mandamentos constitucionais e legais está quase no campo da utopia. A Constituição Federal, em seu art. 196<sup>6</sup>, afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado, enquanto o art. 6º, I, d, da Lei nº 8.080/90<sup>7</sup>, menciona que o Sistema Único de Saúde deve executar ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. Tais disposições, se analisadas friamente, funcionam mais como exortações, já que a realidade demonstra que é impossível essa assistência integral e universal devido à falta de recursos.

Por outro lado, deve ser analisada a situação daquele jurisdicionado que busca o bem da vida, sabendo que em alguns casos – na maioria deles – a decisão judicial estará diretamente ligada a sobrevivência do requerente, ou até mesmo a sua qualidade de vida. Visto por esse prisma, o Judiciário não poderia ficar inerte quando se está em discussão um dos direitos fundamentais mais caros ao ser humano, a saúde, corolário do direito a vida. E, sabendo que outro Poder não foi capaz de dar concretude a esse direito, o Judiciário se vê como ultima alternativa ao cidadão.

A questão é tormentosa e de difícil solução, porém, com o intuito de dar um norte ao operador do direito, julgados dos Tribunais Superiores, que serão analisados em tópico próprio, trazem alguns parâmetros que devem ser seguidos, isso com base no sopesamento de princípios e valores constitucionais.

Nada obstante, uma solução fria e engessada a esses casos não é possível, devendo-se buscar à luz do caso concreto, onde o juiz verificará as peculiaridades da situação posta, para então decidir, partindo da ponderação e com vistas ao panorama apresentada no presente capítulo.

---

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei Orgânica da Saúde*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 21 out. 2020.



## 2. O CONFLITO ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E A ALEGAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL PELO ENTE PÚBLICO

Existem direitos fundamentais de cunho prestacional, ou seja, aqueles cujo o dever de proporcionar aos cidadãos recai sobre o Estado, através de obrigação de fazer. Quando essa espécie de direito é pleiteada junto ao Poder Judiciário, vem à tona a discussão acerca do Princípio da Reserva do Possível. Esse princípio traz para a discussão sobre a realização de direitos fundamentais um dado básico inafastável, que é a limitação financeira do ente público. Nas palavras de Ana Paula Barcellos<sup>8</sup>:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico de limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.

Portanto, o confronto entre o princípio da reserva do possível e do mínimo existencial cria um impasse, já que o Estado não tem recursos suficientes para atender toda a demanda gerada pelos direitos fundamentais de cunho social, porém, por outro lado, não pode simplesmente alegar, de forma genérica, que não possui recursos para cumprir tal mister.

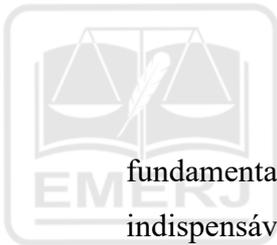
Tal linha de raciocínio foi, inclusive, exposta em julgado do Superior Tribunal de Justiça<sup>9</sup>, no qual se afirmou que a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.

Para melhor compreensão do tema, é cabível trazer à tona a ideia de que o direito à vida é o direito mais precioso do ser humano, uma vez que sem vida, nada mais há para se garantir ou proteger. Conforme lição de Andréa Rodrigues Amin<sup>10</sup>, trata-se de direito

<sup>8</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236-237.

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 790.767/MG*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%27790767%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%27790767%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%27790767%27)+ou+(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%27790767%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 26 ago. 2020.

<sup>10</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 32.



fundamental homogêneo, considerado como o mais elementar e absoluto dos direitos, pois indispensável para o exercício de todos os demais. Não se confunde com sobrevivência, pois no atual estágio evolutivo, implica no reconhecimento de viver com dignidade, direito de viver bem, desde o momento da formação do ser humano.

Certo que ao lado do direito à vida, desponta o direito à saúde, que é justamente a qualificação daquele primeiro direito. É dizer, não basta garantir o direito à vida pura e simplesmente, mas sim o direito à vida com dignidade, com acesso à meios que proporcionem uma qualidade de vida.

Nesse contexto, é intuitivo que, sendo os recursos financeiros do Poder Público naturalmente finitos, a realização de suas missões constitucionais deve ser a melhor possível diante dos recursos disponíveis, a busca deve ser pela otimização.

Porém, a história mostra que o poder delegado pelo povo ao Estado é imprescindível para manter ordem e coesão ao sistema vigente, mas, também traz a complexidade da administração que gera um ônus pesado ao Estado. Assim, muitas vezes são utilizados mecanismos aparentemente legítimos, como o princípio da reserva do possível, de forma engenhosa por parte dos governantes, com o fim de suprimir parte dessa responsabilidade do Estado brasileiro, com o fito de desviar recursos públicos para o benefício dos que administram a máquina estatal. Portanto, esse é um alerta para que o argumento da reserva do possível não seja usado de forma desmedida.

Em esclarecedor julgado do Superior Tribunal de Justiça que tratava do direito fundamental à educação, cujos argumentos e a lógica por trás da fundamentação podem ser igualmente utilizados na concretização do direito à saúde:

Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de um decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.<sup>11</sup>

É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preteri-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas

---

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, como mencionado no julgado em questão “se estará usando da democracia para extinguir a própria democracia”<sup>12</sup>.

Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

Insta salientar que o mesmo Tribunal faz a ressalva no sentido de que, se mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persistir a carência orçamentária para atender todas as demandas, nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

Retomando a ideia exposta no começo do presente capítulo, é dizer, o ente público deve demonstrar com dados orçamentários e contábeis a alocação de recursos, não sendo suficiente a mera alegação genérica de insuficiência financeira. Além disso, o Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup> também já se manifestou a respeito da matéria, pontuando que a defesa com base na reserva do possível não pode ser utilizada para frustrar a prestação do mínimo existencial do cidadão.

No julgado, o Pretório Excelso explica que, embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE n° 639337*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE639337ementa.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2020.



impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.

Portanto, é possível chegar à conclusão de que a gradação do ativismo judicial depende muito da adequada atuação dos outros poderes. Havendo um desequilíbrio na atuação do Poder Executivo, ou até mesmo o Legislativo, em não dar efetividade aos anseios da população, é natural que mais demandas sejam levadas ao judiciário que, diante da análise do caso concreto, deve fazer valer os princípios contidos na Constituição Federal, amparado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. É a atuação direta do mecanismo de controle conhecido como Sistema de Freios e Contrapesos, em que um Poder fiscaliza o outro.

### 3. A DECISÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil garante uma série de direitos tanto para brasileiros quanto estrangeiros, o propósito é sempre proteger ao máximo a dignidade da pessoa humana, sendo este o centro das atenções do sistema jurídico. Como pontuado anteriormente, uma vida digna está intrinsecamente ligada a uma vida com saúde, o que conduz à ideia de que o Estado deve buscar meios para promovê-la ao máximo.

Ocorre que na prática, a falha na gestão do orçamento público e uma administração que por vezes, deixa a desejar, dificulta que os direitos elencados no texto constitucional saiam da teoria a passem a existir na prática, pelo menos em um grau razoável e satisfatório.

Nesse contexto, surgem as decisões judiciais que, no afã de fazer cumprir a Constituição Federal e os direitos ali assegurado, tomam uma postura proativa diante dos demais poderes. Porém, essas decisões devem ser comedidas e tomadas com parcimônia, a fim de evitar arbitrariedades, considerando que a questão é complexa, que existem diversos interesses envolvidos, sendo todos legítimos. Como bem pontua Marcelo Novelino<sup>14</sup>:

Em sociedades democráticas e plurais, a constituição resulta de pequenos pactos de grupos representativos de setores distintos e com valores, por vezes antagônicos. O consenso fundamental responsável pela positivação das normas constitucionais não apaga o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador.

<sup>14</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 135.



Em busca da equidade, o Judiciário lança mão do princípio da ponderação, formulado por Robert Alexy<sup>15</sup>, no qual quando dois princípios fundamentais estão em conflito, é necessário avaliar qual deles que, quando aplicado, fere com menor agressividade e intensidade o outro. Alexy<sup>16</sup> também traz a ideia de que quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.

Especificamente quanto à questão da concessão de medicamentos e tratamentos terapêuticos, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é possível encontrar alguns parâmetros que demonstrarão se a atuação do Poder Judiciário na sua concessão foi legítima a luz do caso concreto.

A decisão mais recente sobre o tema, data do dia 11 de março de 2020, no qual a Corte concluiu que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrado na lista do SUS, esta decisão foi tomada no Recurso Extraordinário nº 566471<sup>17</sup>. O caso concreto dizia respeito à recusa do Estado do Rio Grande do Norte de fornecer citrato de sildenafila para o tratamento de cardiomiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar de uma senhora idosa e carente, com fundamento no alto custo do medicamento e na ausência de previsão de fornecimento no programa estatal de dispensação de medicamentos.

Para o Ministro Alexandre de Moraes<sup>18</sup> o excesso de judicialização da saúde tem prejudicado políticas públicas, pois decisões judiciais favoráveis a poucas pessoas, por mais importantes que sejam seus problemas, comprometem o orçamento total destinado a milhões de pessoas que dependem do Sistema Único de Saúde (SUS). Afirmou que “não há mágica orçamentária e não há nenhum país do mundo que garanta acesso a todos os medicamentos e tratamentos de forma generalizada.”<sup>19</sup>. Esse entendimento traz o respaldo da regra geral, qual seja, não há a obrigação do Estado em fornecer medicamentos fora da lista do SUS.

Porém, os Ministros também entenderam que existem exceções, desde que sejam cumpridos alguns requisitos. Salientaram que, em caráter excepcional, é possível a concessão de medicamentos não registrados, ponderando entre diversos argumentos, como as garantias constitucionais, entre elas, a concretização dos direitos fundamentais, o direito à vida e à

---

<sup>15</sup> ALEXY apud MARTINES, Fernando. *Robert Alexy explica seu método para resolver conflitos entre princípios*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jul-02/robert-alexey-explica-metodo-resolver-conflito-entre-principios>>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>16</sup> ALEXY apud NOVELINO, op. cit., p. 136.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566471*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid.



dignidade da pessoa humana, o limite do financiamento possível aos entes federados, tendo em vistas restrições orçamentárias, o desrespeito às filas já existentes e o prejuízo a outros interesses idênticos.

Assim, a corrente vencedora, contabilizada por 8 votos no total, entendeu que, nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição.

Sobre o tema, o STJ também já se pronunciou no ano de 2018, com base em recurso repetitivo que fixou requisitos para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de medicamentos fora da lista do Sistema Único de Saúde<sup>20</sup>. A tese fixada estabelece que constitui obrigação do Poder Público, o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado 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; incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), observados os usos pela agência.

O terceiro requisito apresentado no recurso repetitivo do Superior Tribunal de Justiça tem ligação direta com outro julgado de suma importância nesta seara, referente ao fornecimento pelo Poder Judiciário de medicamentos não registrados na Anvisa, cujos pressupostos se encontram no RE nº 657718/MG, julgado no ano de 2019<sup>21</sup>.

Basicamente, os pressupostos elencados no julgado são os seguintes: o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais; a ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; é possível, excepcionalmente, 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 13.411/2016.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1657156*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-04-25\\_12-20\\_Primeira-Secao-define-requisitos-para-fornecimento-de-remedios-fora-da-lista-do-SUS.aspx](http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-04-25_12-20_Primeira-Secao-define-requisitos-para-fornecimento-de-remedios-fora-da-lista-do-SUS.aspx)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 657718*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=Nx>>. Acesso em: 15 mai. 2020.



Quanto a este último requisito, qual seja, a demora na apreciação do pedido, outros critérios deverão ser atendidos para justificar a medida excepcional, são eles: existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Para essa decisão, o STF ponderou que não se trata de negar direito fundamental à saúde. Trata-se de analisar que a arrecadação estatal, o orçamento e a destinação à saúde pública são finitos.

Portanto, tendo em vista que não é possível ao Legislativo estabelecer regras estanques, já que a solução almejada irá variar de acordo com o caso concreto, o Poder Judiciário busca estabelecer alguns critérios e limites para dar certa segurança jurídica, tanto ao Estado quanto ao jurisdicionado. Porém, é inevitável que exista alguma maleabilidade nos critérios, já que a realidade demonstra as peculiaridades de cada situação, o que deverá ser levado em consideração quando o magistrado for sentenciar.

## CONCLUSÃO

Partindo do conflito que existe entre o direito fundamental a saúde e as limitações financeiras do Estado, o presente artigo científico buscou abordar critérios usados pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como a doutrina que trata da matéria, com o fito de dar maior segurança jurídica quando da solução das demandas que adentram no Poder Judiciário almejando medicamentos ou tratamentos terapêuticos a ser custeados pelo Estado.

A partir da análise, foi possível chegar à conclusão de que um método estanque de resolver esse conflito não é viável. Na realidade, deverá ser utilizada a técnica da ponderação, elaborada por Robert Alexy, no caso concreto, no qual, quando dois princípios fundamentais estão em conflito, a busca deve ser pela otimização de ambos, mesmo que um vá se sobressair sobre o outro.

Sendo que a solução mais equânime, ditando qual princípio irá preponderar, apenas será visualizada quando o magistrado conhecer os dados que cercam determinado caso concreto. Dito de outro modo, as peculiaridades de cada caso influirão diretamente na solução.

Tal forma de lidar com esse tipo de demanda acarreta uma grande insegurança jurídica, o que não é desejável em um Estado Democrático de Direito, pois fere a isonomia e a própria credibilidade no Poder Judiciário. Por esse motivo, com vistas a balizar a atuação dos



órgãos jurisdicionais, foram criados critérios vinculantes, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal, relativos ao tema.

Os julgados que enfrentam a matéria foram citados e esmiuçados ao longo do artigo científico, com o intuito de demonstrar a lógica que permeia a jurisprudência pátria e de informar os mais recentes entendimentos sobre o tema.

Por fim, a conclusão a que se chega é de que o Estado, mais precisamente através dos Poderes Executivo e Legislativo, deve buscar ao máximo implementar os mandamentos constitucionais relativos à saúde, umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana. Porém, quando esse múnus não é bem exercido, entra em cena o Poder Judiciário, fazendo valer o sistema de freios e contrapesos, como ultima alternativa do jurisdicionado para que o seu direito seja respeitado. Porém, as decisões ligadas à implementação desse direito devem ser tomadas com parcimônia e respeitando critérios já estabelecidos.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. *Lei Orgânica da Saúde*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 790.767/MG*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%27790767%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%27790767%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%27790767%27)+ou+(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%27790767%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 26 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE 639337*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE639337ementa.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566471*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N>>. Acesso em: 13 mai. 2020.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1657156*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-04-25\\_12-20\\_Primeira-Secao-define-requisitos-para-fornecimento-de-remedios-fora-da-lista-do-SUS.aspx](http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-04-25_12-20_Primeira-Secao-define-requisitos-para-fornecimento-de-remedios-fora-da-lista-do-SUS.aspx)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 657718*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=Nx>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes*. Brasília: Revista de informação legislativa, 1997.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2015.

PENA, Rodolfo Alves. *O que é neoliberalismo?* Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-neoliberalismo.htm>>. Acesso em: 21 out. 2020.



## O USO DO *COMPLIANCE* COMO FORMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Lucas Carvalho Soares Freitas

Advogado graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

**Resumo** – As práticas ilícitas e corruptas têm se mostrado cada vez mais presentes no âmbito da Administração Pública, causando diversos prejuízos ao erário e à credibilidade do Poder Público. Por isso, é necessária a elaboração de novas balizas no trato da coisa pública, com o fito de prevenir e fiscalizar tais condutas ilegais. A essência do trabalho é justamente apresentar o *compliance*, instituto oriundo da esfera empresarial privada, como importante mecanismo possível de ser aplicado no combate à corrupção na Administração Pública. Assim, pretende-se verificar as características desse instituto, seus principais instrumentos e os efeitos que podem gerar na gestão da res pública.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. *Compliance*. Corrupção.

**Sumário** – Introdução. 1. O instituto do *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro e sua necessidade de implementação na Administração Pública. 2. Dos instrumentos de *compliance* aplicáveis na gestão pública. 3. A implementação e organização do *compliance* no âmbito público e sua repercussão na atuação dos demais Poderes. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende debater sobre a possibilidade da implementação do instituto do *compliance* no âmbito da Administração Pública e como seu efetivo exercício poderá colaborar no combate à corrupção. O objetivo precípuo deste trabalho é explicitar as características gerais de um programa de *compliance*, abordando como seus mecanismos específicos atuam na contenção de condutas ilícitas e seus respectivos efeitos nos planos administrativo e judicial.

O *compliance* foi originalmente pensado para ser usado no setor empresarial privado, sendo considerado um dos mais eficazes institutos de implementação de uma boa gerência e transparência na administração de uma pessoa jurídica. A implantação de um programa de integridade nos variados setores do mercado econômico tem crescido no plano internacional, mormente por conta dos ótimos resultados obtidos.

Assim, tal instituto pode e deve ser também usado como uma forma de melhorar a gestão da coisa pública. A corrupção, mazela que reverbera nos mais diversos setores da Administração Pública, deve ser tratada com o maior rigor possível e com todos os mecanismos

que o cidadão tem à sua disposição.

Por esses motivos, o primeiro capítulo do trabalho é centrado em conceituar o instituto do *compliance*, tratando sobre seus objetivos e finalidades. A partir dos conceitos apontados, o capítulo visa a abordar a necessidade e a urgência de sua criação na administração dos entes federados, entidades autárquicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, o comparando com os atuais mecanismos de controle dos atos estatais.

É cediço que o Brasil tem se mostrado um País com um imensurável histórico de corrupção no trato com a coisa pública, o que foi evidenciado sobretudo com os processos judiciais oriundos da operação Lava Jato. Os mais variados escândalos ocorridos no seio dos três Poderes da República ressaltam a imprescindibilidade de um programa focado na fiscalização e prevenção de fraudes e ilegalidades que tanto prejudicam os cofres públicos.

Em seguida, o segundo capítulo tem o fito de apontar os diversos mecanismos que dispõem sobre o instituto do *compliance* e como eles se mostram eficazes para a contenção da corrupção pública. Para tanto, o referido capítulo traz ampla pesquisa doutrinária, comprovando a possibilidade de concretização desses instrumentos no campo público.

Destarte, esse capítulo foca na possibilidade de utilização do *compliance* no ramo das contratações e licitações públicas, no uso da *due diligence* como forma de melhor selecionar os parceiros com quem o Poder Público contrata, na aplicação da técnica de gestão de riscos, para monitorar a possibilidade de ocorrência de condutas ilícitas, no emprego de auditorias e investigações internas no âmbito de cada ente federado, a fim de garantir maior fiscalização sobre aqueles que não seguirem o regime de integridade, contando com o uso do instituto do *Whistleblower* para obter uma apuração mais efetiva. Serão explicados o funcionamento de cada um desses mecanismos e suas consequências na atual governança pública.

Por fim, o terceiro capítulo almeja demonstrar a forma ideal de implementação do *compliance* público e a sua forma de organização dentro da esfera administrativa. Esse último capítulo traz os debates acerca da necessidade ou não de conferir autonomia e independência ao departamento de *compliance*.

Com essa última análise, serão perquiridos os reflexos dessa estruturação do *compliance* na atuação do sistema de controle dos atos públicos. Estuda-se a impossibilidade de se atribuir caráter vinculante às orientações advindas do órgão de *compliance* público, que objetiva qualificar as decisões dos agentes públicos por meio do uso da técnica de gestão de dados. Também se pretende observar como essas determinações do departamento de *compliance* poderão colaborar na instrução de eventual processo judicial instaurado para apurar práticas corruptas, com a possibilidade de inversão do ônus da prova, configuração prévia do dolo do



agente e o fornecimento de maiores elementos probatórios.

## 1. O INSTITUTO DO *COMPLIANCE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUA NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A corrupção é um dos maiores males que assola a nação brasileira, já tendo marcado a história do país em diversos momentos distintos, e, diferentemente do que é dito pelas autoridades públicas, ainda é um problema atual a ser combatido. Em sua concepção administrativa, ela se consiste no abuso do poder público para o benefício privado, ou ainda, a violação de um dever e utilização indevida do poder outorgado por outrem para obtenção de benefícios privados<sup>1</sup>.

Em um país marcado por uma imensa desigualdade social, a mácula causada pela corrupção tende a maximizar a desproporção no acesso aos direitos e serviços básicos pelos diferentes segmentos da sociedade. O dano ao erário provocado pelas práticas ilícitas dos administradores públicos, em conjunto com as sucessivas crises econômicas sofridas pelo país, é o que retira a oportunidade do governo de implementar políticas públicas necessárias para desenvolver os setores públicos mais importantes para a sociedade.

Em decorrência desses comportamentos indesejados perpetrados pelos agentes públicos, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo<sup>2</sup> demonstra que o custo médio anual da corrupção no Brasil representa cerca de 1,38% a 2,3% do PIB, resultando num valor total de R\$69 bilhões por ano. Já Deltan Dallagnol<sup>3</sup>, em pesquisa mais recente, revela uma perda anual aos cofres públicos de cerca de R\$200 bilhões.

Os prejuízos da corrupção não se restringem ao dano ao erário, ela também mancha a própria imagem que a Administração Pública tem perante os cidadãos. Não são poucos os brasileiros que associam a ideia de gestão pública à ideia de condutas imorais. Isso causa a descrença na população de que seus interesses estão sendo preservados pela Administração, o que provoca diversas consequências. Entre elas podem ser destacadas: a sonegação dos tributos; o afastamento de agentes públicos probos do âmbito público; a evasão de bons profissionais do país, dado que passam a procurar outros locais com melhores condições oferecidas pelos

<sup>1</sup> VELÁSQUEZ, Fernando. *Corrupción y política criminal*. In: GRECO, Luiz; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*: Estudos em homenagem a Juarez Tavares. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 691.

<sup>2</sup> FIESP. *Relatório corrupção*: custos econômicos e propostas de combate. São Paulo: FIESP, 2010. Disponível em: <[www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021](http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021)>. Acesso em: 20 mai. 2020.

<sup>3</sup> DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 41.

respectivos governos.

Tudo isso evidencia a imprescindibilidade de se adotar uma nova forma de gerir a coisa pública. Para que isso seja possível, é essencial que se entendam as causas do problema. Nesse sentido, Robert Klitgaard<sup>4</sup> aponta serem três as características de um ambiente propício à corrupção: um monopólio ou baixa competição entre setores público e privado; o poder discricionário dado aos agentes públicos e políticos; a prestação de contas (transparência e controle).

Outrossim, Marcos Fernandes Gonçalves da Silva<sup>5</sup> registra que a corrupção se mostra presente nas sociedades em que predominam: o centralismo estatal; a ausência de impunidade e de riscos com relação às práticas fraudulentas; uma baixa moral ou legitimidade informal com relação ao fenômeno.

Com base nisso, a implementação de um programa de *compliance* se revela como uma moderna ideia de trazer uma profunda mudança na forma em que a administração pública é exercida e vista. O *compliance* visa a solucionar todos os problemas acima citados, exceto a questão do centralismo estatal, que é um tema relativo à organização da Federação, estipulada na Constituição da República e que foge ao escopo do programa de integridade.

O *compliance* é um termo originado da língua inglesa e deriva da expressão “*to comply with*”, que significa “se conformar com” ou “cumprir com”. Assim, o instituto do *compliance* pode ser conceituado como o dever de cumprir e de estar em conformidade com normas e valores oriundos de legislações, diretrizes e regulamentos.

Esse termo começou a ser empregado por corporações da iniciativa privada que visavam à implementação de um programa que pudesse garantir maior integridade nas relações internas e externas da empresa, com objetivo de prevenir riscos e sanar os problemas que por ventura surgirem. A integridade corporativa almejada teve como escopo principal melhorar a estabilidade e a lucratividade dos negócios, tendo sido cada vez mais usada no âmbito privado.

Augusto Martinez Perez Filho<sup>6</sup> busca definir o instituto da *compliance*, asseverando que:

---

<sup>4</sup> KLITGAARD apud LOVATO, Rafael Porto. Instrumentos de combate e prevenção à corrupção na administração pública sob uma perspectiva gerencial. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 285.

<sup>5</sup> SILVA apud LOVATO, Rafael Porto. Instrumentos de combate e prevenção à corrupção na administração pública sob uma perspectiva gerencial. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 286.

<sup>6</sup> PEREZ FILHO, Augusto Martinez. *O Compliance na Administração Pública*. Leme, SP: Editora JH Mizuno, 2019, [e-book].



o programa de compliance abarca o atendimento a leis, regulações, normas internas e às finalidades da organização, seja ela pública ou privada. Significa uma autovigilância nos mais diversos aspectos do negócio desenvolvido pela sociedade privada e, no âmbito público, das competências outorgadas aos entes, pela legislação. Trata-se da ideia de prevenção geral como sustentáculo da organização e garantia de sua perenidade em todas as áreas envolvidas na consecução de seus fins, mas não só isto, pois também auxilia no fortalecimento dos valores organizacionais, atuando como fonte propagadora dos princípios caros à organização. Em outros termos: minimiza-se riscos na medida em que também auxilia para a formação de uma nova cultura organizacional.

Sendo assim, o uso do *compliance* mostrou-se como um mecanismo de persecução da moral e da ética no ramo corporativo. Não obstante sua idealização ter sido feita tendo como base o setor privado, nada impede a sua utilização também na seara pública, em que os princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e probidade também são almejados.

É certo que a Administração Pública já dispõe de amplo arcabouço de mecanismos de controle dos atos administrativos ou de atos particulares que lesam o seu patrimônio, sendo o Ministério Público, as Controladorias Gerais e os Tribunais de Contas os principais atores desse controle. Ocorre que a forma em que é feita o controle atualmente se volta mais para a repressão dos atos em detrimento do controle preventivo. Dessa forma, o controle é feito quando já existe o dano, que muitas vezes não consegue ser recuperado, deixando a sociedade desamparada do recurso que lhe foi tirado.

Diante disso, o instituto do *compliance* vem com a pretensão de priorizar o controle prévio dos atos administrativos, visando a impedir que o prejuízo sequer ocorra. Não só o *compliance* atende os interesses sociais ao impedir que o dano ocorra aos cofres públicos, como também economiza os recursos que iriam ser despendidos com a apuração e punição do infrator do ato danoso.

Constata-se, assim, que a adesão a um programa de *compliance* traz como resultado a boa governança corporativa, que possui como marcos identificadores a gestão baseada na moralidade, impessoalidade, transparência, isonomia, prestação de contas e responsabilidade.

## 2. OS INSTRUMENTOS DE *COMPLIANCE* APLICÁVEIS NA GESTÃO PÚBLICA

No campo empresarial privado, o emprego do *compliance*, geralmente, gira em torno do uso de alguns instrumentos, tais como: a edição de um código de ética ou de condutas, que estipula os principais valores e diretrizes de integridades a serem seguidos; o treinamento dos funcionários por meio de palestras e seminários, para que se adequem aos novos valores



instituídos; e a abertura de um canal de denúncias para apurar irregularidades.

Entretanto, tendo em vista a complexidade dos atos fraudulentos perpetrados na gestão da coisa pública, constata-se que, não obstante a utilidade do uso de tais mecanismos, eles, sozinhos, não serão suficientes para a efetiva contenção da corrupção na seara pública. Por isso, verifica-se que o *compliance* a ser aplicado na Administração Pública precisa ir além e implementar esses mecanismos em conjunto com outras práticas capazes de auxiliar no combate à corrupção.

Uma das técnicas de prevenção possibilitadas por um programa de integridade é a gestão e investigação de riscos. Consoante as lições de Irene Patrícia Nohara<sup>7</sup>, “quando se pensa em risco, na esfera da governança pública, a ideia é que o sistema de controle interno dê prioridade às ações estratégicas de prevenção da ocorrência de perdas ou danos, como medida apta a evitar o acionamento dos sistemas de responsabilidades”.

A metodologia da gestão de riscos varia conforme a maturidade do programa do *compliance* e da atividade apurada. Dentre os métodos existentes, Lavigne e Rodriguez<sup>8</sup> apontam alguns dados que devem ser analisados. Explicando, de forma sucinta, o método referido pelos autores, esses explicitam que, inicialmente, devem ser levadas em consideração a estrutura normativa a que se submete o ente ou a empresa e a existência de leis ou projetos de leis que poderão afetar a atuação dessa pessoa jurídica.

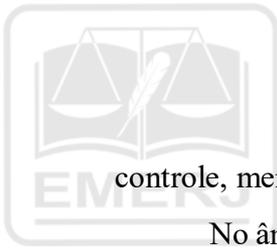
Após, deve ser averiguado o histórico da entidade, devendo saber se ela já foi previamente sancionada ou meramente investigada por conta da prática de algum ilícito, quais as áreas que mais sofreram sanções ou apurações e quais os tipos de violações que foram averiguadas. Outrossim, devem ser feitas comparações com as demais pessoas jurídicas, pois é possível que o próprio ente não tenha sido penalizado, mas que outros tenham sido quando do exercício de uma atividade ou prestação de serviço público específico, mostrando que essa determinada atividade possui um risco maior que as demais.

Por fim, devem ser analisados os possíveis controles para cada risco identificado, para determinar a probabilidade de tais riscos acontecerem. Devem ser diferenciados os riscos inerentes dos riscos residuais. Os riscos inerentes são aqueles que são mitigáveis com o exercício do controle identificado. Já os riscos residuais poderão ocorrer mesmo com a aplicação do controle. Quanto menor for o risco residual verificado, com o efetivo emprego do

---

<sup>7</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 331.

<sup>8</sup> LAVIGNE, Cristina Olaya; RODRÍGUEZ, Ana Luisa Sánchez. Introducción. *Guía Práctica de Identificación, Análisis y Evaluación de Riesgos*. Pamplona: Aranzadi, 2017, p. 51.



controle, menor será a probabilidade daquele risco se concretizar.

No âmbito federal, a elaboração de estratégias para contenção de risco encontra previsão na Instrução Normativa MP/CGU nº 1/2016<sup>9</sup> e no Decreto nº 9.203/2017<sup>10</sup>. O mesmo poderá ser feito pelos demais entes federativos, que poderão editar suas próprias normas, para que possam elaborar suas estratégias de gestão de risco de acordo com as peculiaridades de suas governanças.

Portanto, o controle de riscos traz como benefícios a melhor visibilidade da área de riscos pela organização, o fortalecimento do pensamento estratégico, o conhecimento do negócio, a promoção de uma linguagem comum sobre o risco e, também, a validação das ações necessárias para os ajustes e melhorias do programa de *compliance* com base nos riscos identificados<sup>11</sup>.

O controle dos riscos internos deve ser corroborado com o monitoramento da atuação externa do ente, isto é, sua relação com seus parceiros econômicos. Não são raros os casos em que foram descobertas práticas ilícitas no ramo das contratações e licitações públicas, que já contaram com a participação de empresários, parlamentares, secretários, juízes e servidores. No Estado do Rio de Janeiro, tais condutas se tornam ainda mais alarmantes, haja vista que os últimos três Governadores do Estado estão envolvidos em escândalos acerca de contratações fraudulentas<sup>12</sup>.

Em um dos casos em comento<sup>13</sup>, foi apontado que um grupo de empresários, donos de clínicas médicas situadas no Estado, instituiu uma Organização Social (OS) para fins de prestação de serviço de saúde, com o fito de celebrar contrato de gestão com o Estado e o Município do Rio de Janeiro. Com tais recursos em mãos, a OS realizou contratos de prestação de serviço com as referidas clínicas, todas pertencentes às mesmas pessoas, superfaturando o valor dos serviços prestados e emitindo notas fiscais fraudulentas para ocultar o ilícito. Com

<sup>9</sup> BRASIL. *Instrução Normativa MP/CGU nº 1*, de 10 de maio de 2016. Disponível em: <[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197)>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>10</sup> BRASIL. *Decreto nº 9.203*, de 22 de novembro de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm)>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>11</sup> RODRIGUES, André Luis Friaça et al. *Risk Management* (Gestão de Riscos). In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 120.

<sup>12</sup> FIGUEIREDO, Pedro. *Esquema que levou ao afastamento de Witzel tem mais de 100 citados, diz MPF*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/08/29/esquema-que-levou-ao-afastamento-de-witzel-tem-mais-de-100-pessoas-envolvidas-diz-mpf.ghtml>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

<sup>13</sup> BRASIL. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. *Denúncia referente ao Inquérito Policial nº 202-00139/2016*. Disponível em: <[http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/denuncia\\_iabas\\_x\\_mun\\_vf\\_assinado\\_sem\\_testemunhas.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/denuncia_iabas_x_mun_vf_assinado_sem_testemunhas.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2020.



isso, os infratores conseguiram distribuir o valor excedente entre eles, desperdiçando dinheiro público que deveria ser usado para a compra de mais e melhores materiais e serviços para o área da saúde.

Nesse mesmo caso, o *Parquet* apurou que, desde o início da contratação com o Município, a OS já demonstrou indícios de atuação irregular, uma vez que, ao tempo da contratação, não possuía prévia experiência na área, não dispunha de funcionários, nem tinha sede no local da prestação dos serviços almejados. Houve um súbito aparelhamento da Organização, que conseguiu tal status à margem dos requisitos legais, bem como se verificou o loteamento de cargos-chave na administração em torno de um mesmo personagem.

O Ministério Público ressaltou ainda que os prejuízos também decorrem da ineficiência dos mecanismos de fiscalização da Secretaria Municipal de Saúde, sendo que somente 10% das prestações de contas chegaram a ser analisadas dentro do período de dois anos de vigência dos convênios e apenas em momento posterior à dissipação dos recursos públicos.

Esse caso é um perfeito exemplo da utilidade da implementação de um regime de integridade nas contratações públicas. Caberia ao departamento de *compliance* junto ao ente federado realizar o *due diligence* antes de celebrar negócios jurídicos com terceiros. Tal técnica consiste na verificação do histórico e das características das pessoas com que o Poder Público pretende se relacionar, com o objetivo de avaliar os riscos dessa transação. Com isso, facilitaria a rápida verificação de organizações fraudulentas, criadas com o único intento de burlar as contratações públicas, como no exemplo citado acima.

Essa técnica pode ser empregada tanto no ramo das contratações diretas, aquelas em que a Administração Pública não possui a incumbência de se submeter ao procedimento licitatório prévio à contratação, como nos procedimentos licitatórios, seja como uma fase autônoma ou como um requisito adicional na fase de habilitação.

Essa técnica de *background check* tem sido amplamente utilizada pelas empresas privadas que já adotam um programa de integridade em seu meio, conforme mostra a pesquisa feita por Luciana Silveira, Luiz Eduardo Salles, Sara Cristina Santos<sup>14</sup>. A pesquisa apurou que, dentre as empresas averiguadas e que possuem um programa de *compliance* (21 ao todo), todas realizam procedimento de *background check* de seus fornecedores e 90% delas também o fazem em relação aos patrocínios e às doações caritativas. A análise feita pelos autores também ressaltou que 30% das empresas iriam necessariamente vetar o potencial fornecedor caso o

---

<sup>14</sup> SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira; SALLES, Luiz Eduardo; SANTOS, Sara Cristina Jampaulo. *Background check: melhores práticas*. In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 181 e 189.



parecer de integridade seja negativo e 70% informaram que o fornecedor poderá ser vetado, mas que a decisão final do veto caberá ao corpo executivo, o que demonstra a seriedade que levam o *due diligence* de seus parceiros econômicos.

Cabe destacar que seria também atribuição do departamento de *compliance* o monitoramento do emprego dos recursos públicos no decorrer da realização dos contratos e convênios, a fim de averiguar se estes estão sendo empregados em consonância com o que foi pactuado.

Somado a isso, Fernando Guimarães e Érica Requi<sup>15</sup> sugerem que o *compliance* também possa ser utilizado como uma exigência para as pessoas jurídicas que pretendam contratar com o Poder Público. Assim, somente as entidades que demonstrassem ter implementado um programa de integridade ou que se comprometessem a implementar o programa durante o tempo da contratação, é que poderiam vir a celebrar o negócio com a Administração Pública. Os autores asseveram que a comprovação poderá ser feita mediante empresas certificadoras de *compliance*, já usadas no plano internacional.

Tal exigência não só atende a função extraeconômica da licitação, ao promover o desenvolvimento social, como também a própria função econômica, pois visa a impedir ou a mitigar futuros prejuízos caso o parceiro econômico atue de forma ilegal e locuplete os recursos públicos. Essa exigência também promove o incentivo que demais empresas e instituições venham a instituir um programa de *compliance*, criando uma cadeia de contratações íntegras, irradiando os efeitos da erradicação da corrupção para os mais diversos setores da economia.

Essa foi a proposta da Associação dos Juízes Federais no Brasil (AJUFE), que sugeriu a alteração da Lei nº 12.846/13 para tornar obrigatória a exigência de um programa de integridade para contratação com a Administração Pública. Nas licitações feitas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, o art. 32, V, Lei 13.303/16<sup>16</sup>, já estipula que uma das diretrizes a serem seguidas é a observação da política de integridade nas transações com as partes interessadas. Inclusive, tal exigência já existe no Estado do Rio de Janeiro, de acordo com a Lei nº 7.753/17<sup>17</sup>.

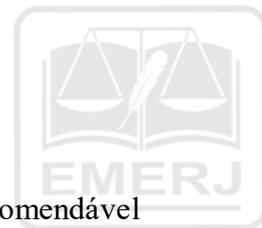
Não só de prevenção trabalha o programa de *compliance*, atuando também na repressão dos atos corruptos já praticados. Logo, caberá ao departamento de *compliance* o aprimoramento

---

<sup>15</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. Exigência de programa de integridade nas licitações. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 204 e 214.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.html)>. Acesso em: 11 out. 2020.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei nº 7.753, de 17 de outubro de 2017. Disponível em: < <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 11 out. 2020.



dos procedimentos de apuração por meio de investigações e auditorias internas

A investigação foca mais no planejamento do que na execução em si. É recomendável a elaboração de um plano de planejamento prévio para cada caso concreto a ser investigado. Assim, haverá otimização dos resultados da apuração, como também irá garantir todo o registro de atuação dos investigadores, mostrando o passo a passo tomado durante o procedimento, a fim de demonstrar a isenção e imparcialidade deste.

Conforme assinalam Antônio Carlos Hencsey, Christina Bezerra e Marisa Peres<sup>18</sup>, um aspecto importante da investigação é a boa gestão dos seus resultados. Os autores aduzem que uma das principais reclamações dos empregados das empresas é a falta de publicidade que se dá aos resultados das investigações iniciadas. Por isso, deve o departamento de *compliance* apresentar periodicamente à alta administração os dados colhidos, divulgando informações como o número de casos analisados, os tipos de violações reportadas e quais foram as ações corretivas implementadas, sem que haja qualquer violação ao princípio da confidencialidade inerente ao procedimento investigatório.

Outro aspecto relevante da investigação e das auditorias internas é a colheita de provas. Devem ser assegurados aos investigados todos os direitos inerentes ao devido processo legal, como contraditório e ampla defesa, haja vista a possibilidade de aplicação de sanção ao final do procedimento. Dessa forma, o processo investigatório deve ter todas as garantias necessárias para que as provas produzidas se mostrem hábeis a serem utilizadas em eventual processo judicial futuro. Com isso, a implementação de *compliance* não só colaborará com a apuração, prevenção e repressão de ilícitos no âmbito administrativo, como também irá ajudar nos respectivos processos judiciais, seja nas áreas criminal ou cível, que muitas vezes não conseguem alcançar a condenação justamente pela falta do arcabouço probatório.

Um eficaz instrumento na apuração das práticas ilícitas é a criação de um canal de denúncias, que poderá ser complementado com o uso do instituto do *Whistleblower*. Esse termo tem origem norte-americana e significa “soprador de apito”, criado com a finalidade de atenuar a conotação negativa das expressões “informante” ou “delator”<sup>19</sup>. O *Whistleblower* é o membro de instituição que, ao notar irregularidades internas, realizará a devida denúncia para as autoridades competentes.

---

<sup>18</sup> HENCSEY, Antônio Carlos; BEZERRA, Christina Montenegro; PERES, Marisa. Investigações Internas: Condução, Desafios e Melhores Práticas. In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 154-155.

<sup>19</sup> CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. *Whistleblowing* no ambiente corporativo – *standards* internacionais para sua aplicação no Brasil. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 121 e 127.



Poderá ser criado um sistema de recompensas para os casos em que a comunicação se mostre verdadeira, objetivando incentivar a maior obtenção de informações advindas do próprio seio da instituição. Para que isso seja possível, poderá ser criado um fundo específico para a remuneração dos colaboradores ou lhes garantir uma compensação, ofertando o direito de receber uma pequena parte daquilo que foi recuperado com a sua denúncia.

Analisados alguns dos mecanismos possibilitados pelo programa de integridade, conclui-se que o *compliance* facilita o controle dos atos e contratos administrativos, maximizando a fiscalização que existe sobre eles. Ele atua preventivamente com as técnicas do *due diligence* e da gestão de riscos, com o fito de evitar contratações irregulares e condutas ilícitas dentro do próprio seio da Administração Pública. Como não é possível impedir todas as fraudes passíveis de serem efetuadas, o programa de integridade também incrementa o sistema de apuração e punição dos infratores, com seus mecanismos de investigação e colheita de provas. Resta agora saber como ele poderá ser implementado e quais são suas reverberações no atual sistema de controle já existente.

### 3. A IMPLEMENTAÇÃO E ORGANIZAÇÃO DO *COMPLIANCE* NO ÂMBITO PÚBLICO E SUA REPERCUSSÃO NA ATUAÇÃO DOS DEMAIS PODERES

É cediço que o ordenamento jurídico pátrio adotou o federalismo como forma de Estado, sendo o Brasil o único país em que os Municípios são considerados entes federados da mesma forma que são os Estados-Membros, o Distrito Federal e a União. Sendo assim, como há uma grande variedade de entes federados que compõem a Federação Brasileira, cada qual com suas peculiaridades, verifica-se a necessidade de instituir um órgão de *compliance* específico para cada ente federado.

Esse órgão de *compliance* será incumbido de monitorar os atos e contratos administrativos realizados pelo ente público, e poderá também fiscalizar as atividades praticadas pelas autarquias e fundações por ele instituídas. Já as empresas públicas e sociedades de economia mista poderão ter um departamento específico de *compliance*, haja vista a complexidade de suas atividades e por pertencerem ao campo privado, apesar de integrarem a Administração Pública Indireta.

O ideal será a edição de uma lei para regulamentar a instituição do *compliance* no setor público. Como se sabe, a Administração Pública se submete a um regime de legalidade diferenciado dos particulares, porquanto só poderá fazer algo que a lei permite, enquanto os



particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não proíba. Esse é a disposição do princípio da legalidade ou juridicidade previsto no art. 37, *caput*, CRFB/88<sup>20</sup>. Assim, caberá ao Poder Legislativo de cada ente federado traçar as balizas legais para o efetivo exercício do *compliance*, criando um regime legal flexível e adaptável para às nuances que poderão surgir no plano fático<sup>21</sup>. Caberá ao Poder Judiciário colaborar com a definição desses limites legais, ao dar concretude às normas, ditando os parâmetros normativos de acordo com as especificidades de cada caso concreto.

O departamento de *compliance* é liderado por uma pessoa específica, denominado de *Compliance Officer*. Este é o chefe do departamento da área de *compliance*, sendo o profissional, interno ou externo, responsável pela gestão dos programas de integridade no âmbito da pessoa jurídica a ele designada.

Dentre suas funções se incluem: avaliar os riscos do modelo de negócios, serviços ou atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica, apontando problemas e propondo alternativas; desenvolver mecanismos de controle interno para diminuir riscos e assegurar o cumprimento das políticas; estabelecer processos de monitoramento das atividades; fomentar a acompanhar o canal de denúncias da pessoa jurídica; exercer a função consultiva, sanando dúvidas sobre questões negociais na perspectiva do *compliance*; realizar *due diligence* de parceiros comerciais; liderar ou assessorar processos de investigação interna; desenvolver e aplicar o código de condutas e políticas internas; e oferecer treinamentos periódicos aos funcionários sobre temas de integridade<sup>22</sup>.

No campo empresarial privado, geralmente se atribui autonomia ao *Compliance Officer*, possuindo independência de atuação perante a administração e os sócios da sociedade empresarial. Não poderia ser diferente no âmbito da Administração Pública, especialmente em decorrência dos variados casos de corrupção perpetrados pelos ocupantes dos mais altos cargos dos três Poderes. Logo, submeter o chefe do órgão de *compliance* à direção do Chefe do Poder Executivo poderia tornar inócua a implantação de tal instituto.

Como forma de garantir essa autonomia, o cargo de *Compliance Officer* no setor público poderia ser provido por meio concurso público, à luz do disposto no art. 37, II, CRFB/88<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 set 2020.

<sup>21</sup> PEREZ FILHO, op. cit., 2019, [e-book].

<sup>22</sup> VALENTE, Cláudia Carvalho; DO AMARAL, Bartira Tupinambás; BONFANTE, Filipe Gollner. *Compliance Officer X Investigador: Independência das Funções*. In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 23-24.

<sup>23</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 set 2020.



Essa forma de provimento garante a escolha de um profissional qualificado, preservando a imparcialidade e impessoalidade em sua seleção, porquanto a sua escolha não será subordinada unicamente ao crivo do Chefe do Executivo. Perez Filho<sup>24</sup> sugere que o certame contenha mais de uma fase, podendo ser aplicadas provas práticas em conjunto com provas escritas, aduzindo que o conteúdo programático do concurso deve exigir conhecimento de algumas matérias do Direito. Isso se mostra necessário pois, não obstante a desnecessidade de formação específica em direito, aquele que pretende ocupar esse cargo deve ter um conhecimento jurídico mínimo para que consiga corretamente identificar a ilicitude nas condutas averiguadas.

O *Compliance Officer* deve ser visto como um colaborador da atuação dos ocupantes dos cargos públicos de maior hierarquia e não um mero subordinado, todos atuando em prol da melhor gestão da coisa pública. A atuação do *Compliance Officer* e as atividades prestadas pelo departamento de *compliance* devem ser dotadas do mesmo grau de autonomia conferido aos promotores de justiça e ao Ministério Público, o que garante a maior eficiência dos serviços a serem prestados<sup>25</sup>.

Sendo assim, o órgão de *compliance* deve ser um órgão externo ao Poder Executivo, com o fito de evitar a interferência deste na devida atuação do órgão de integridade. Por outro lado, as decisões do órgão de *compliance* não terão caráter vinculante, sob pena de violação da autonomia inerente ao Poder Executivo.

Suas determinações possuem um viés informativo e sugestivo, visando orientar a atuação dos agentes públicos. O *compliance* funciona também como órgão de gestão de dados, pois ele será a ponte entre as atuais instituições públicas que exercem o controle dos atos administrativos. Nesse sentido, leciona Perez Filho<sup>26</sup>:

o departamento de compliance público que ora se propõe, por sua vez, funcionaria como um “guarda-chuva”, para o qual se reportariam as áreas de controladoria e auditoria, com o acréscimo de novas tecnologias de agrupamento e análise de dados, além de novas técnicas investigativas – auxiliadas pelas forças policiais e o Ministério Público, conforme o caso. Sem deixar de lado a importante tarefa reativa, pretende-se criar uma cultura preventiva de combate às irregularidades, e, para além disto, municiar o gestor público de informações qualificadas, isto é, análise de dados que lhe auxiliem na tomada de decisões sobre quais programas e políticas públicas merecem ser continuadas e quais carecem de adequação.

Portanto, caberá ao departamento de *compliance* a varredura de informações provenientes da Administração Pública e seus órgãos de controle, como o Ministério Público,

<sup>24</sup> PEREZ FILHO, op. cit., 2019, [e-book].

<sup>25</sup> Ibid., 2019, [e-book].

<sup>26</sup> Ibid., 2019, [e-book].



os Tribunais de Contas e as Controladorias-Gerais. Com base nessas informações e nos dados provenientes da gestão de riscos, o órgão de *compliance* irá demonstrar aos administradores públicos quais das políticas públicas pretendidas se mostram mais em conformidade com o programa de integridade e as que se mostram mais eficientes para o interesse social, visando qualificar as decisões do agente público.

Embora não possuam caráter vinculante, as orientações do órgão de *compliance* servirão para configurar o dolo do agente público, em caso de posterior constatação de realização de alguma conduta ilícita. Tais orientações funcionam de modo semelhante ao que ocorre com o instituto da Recomendação, instrumento possibilitado ao Ministério Público em sede de tutela coletiva, consoante a Resolução nº 164 do CNMP<sup>27</sup>. Assim, uma vez provado que o agente público foi previamente informado que sua conduta contraria os programas de integridade, este não poderá alegar que não possuía consciência das implicações do seu agir, afastando a incidência da culpa em sentido estrito no caso.

Além disso, as determinações do *compliance* público poderão servir de base para a inversão do ônus da prova nos processos judiciais. Em regra, cabe ao autor a prova dos fatos que alega. Entretanto, se o agente público não seguir a orientação do departamento de *compliance* público e este ato resultar em danos ao erário ou aos princípios regentes da Administração Pública, caberá ao próprio agente a prova da licitude de sua conduta no caso concreto.

Por fim, caberá também ao órgão de integridade pública registrar e documentar todo o histórico do ato administrativo a ser praticado<sup>28</sup>. Isso servirá não só para o controle dos respectivos atos, como também para providenciar um amplo arcabouço de elementos informativos para a instrução judicial. Com isso, as decisões judiciais a serem proferidas terão um suporte probatório mais qualificado, ampliando sua proximidade com a verdade real.

Portanto, conclui-se que a forma ideal de criação de um programa de *compliance* público será por meio da edição de leis específicas no seio de cada ente federado, devendo ser garantida autonomia e independência ao órgão de *compliance* em relação à atuação dos demais Poderes da República. Com a implementação e amadurecimento do programa, este não só irá qualificar as ações dos membros do Poder Executivo, como também irá facilitar a instrução e as decisões tomadas na esfera judicial.

---

<sup>27</sup> BRASIL, *Resolução nº 164 do CNMP*, de 28 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>28</sup> PEREZ FILHO, op. cit., 2019, [e-book].



A forma de se pensar a atuação estatal já sofreu diversas reformas ao longo dos anos, sendo possível visualizar três revoluções já realizadas no âmbito estatal. A primeira foi o pensamento de um Estado repressivo, voltado para o combate da violência. A segunda foi a figura de um Poder Público necessário para garantir as liberdades individuais. E a terceira foi a criação de um Estado de Bem-Estar Social, focado em prover direitos sociais básicos a toda população.

A implementação do *compliance* na Administração Pública seria o começo de uma quarta revolução administrativa, que dessa vez objetivará a maior integridade e eficiência na atuação estatal. Essa reforma irá reinventar a forma como se enxerga o Estado, visando à maior prevenção e repressão de práticas corruptas, assim como o descarte de práticas burocráticas e ultrapassadas, passando a recorrer a ideias inteligentes, voltadas ao uso de novas tecnologias para alcançar a maior eficiência na prestação de serviços públicos.

Sendo assim, a presente pesquisa demonstrou como a importação desse instituto da esfera empresarial privada poderá ser o pontapé inicial para essa tão esperada reforma na Administração Pública. Por meio do uso de suas técnicas de gestão de riscos, de aprimoramento das investigações e auditorias internas, de monitoramento e gestão dados, e de maior fiscalização das contratações públicas, o *compliance* permite um eficaz controle preventivo dos atos administrativos, evitando resultados danosos ao interesse público.

A sua implementação como órgão autônomo do Poder Executivo, chefiado por um agente público devidamente concursado, irá garantir a maior independência e imparcialidade de sua atuação. E com o efetivo exercício e amadurecimento do programa de integridade em cada ente federado, haverá uma maior prevenção de condutas ilícitas e uma repressão mais célere e efetiva daquelas que se furtarem à prevenção.

Não se pretende afirmar que a implementação de um programa de integridade público, por si só, seria capaz de extinguir de vez a mácula da corrupção presente em nosso país. Este é um fenômeno sistêmico, abrangendo setores fora da atuação do *compliance* público, tais como o processo eleitoral, o processo legislativo, a forma de escolha dos ocupantes dos mais altos cargos do Poder Judiciário e das demais instituições que compõem o Sistema Judicial.

No entanto, a implementação dessa medida será capaz de uma profunda revisão da forma de agir do Estado, impedindo a ação daqueles que durante anos usaram o Poder Público



como instrumento de atuação do poder, tornando a administração do Estado perante seus cidadãos. No mar de incertezas em que vive a sociedade brasileira atualmente, em que não se sabe qual será o próximo agente público a ser processado por um ato ilícito, o *compliance* público se apresenta como uma medida ideal para prevenir riscos, mitigar danos e, enfim, mudar a forma como se enxerga a Administração Pública na atualidade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto nº 9.203*, de 22 de novembro de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm)>. Acesso em: 14 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Instrução Normativa MP/CGU nº 1*, de 10 de maio de 2016. Disponível em: <[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197)>. Acesso em: 14 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.303*, de 30 de junho de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.html)>. Acesso em: 11 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.753*, de 17 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 11 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. *Denúncia referente ao Inquérito Policial nº 202-00139/2016*. Disponível em: <[http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/denuncia\\_iabas\\_x\\_mun\\_vf\\_assinado\\_sem\\_testemunhas.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/denuncia_iabas_x_mun_vf_assinado_sem_testemunhas.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 164 do CNMP*, de 28 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2020.

CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. Whistleblowing no ambiente corporativo – standards internacionais para sua aplicação no Brasil. DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.

FIESP. *Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. São Paulo: FIESP, 2010. Disponível em: <[www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021](http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021)>. Acesso em: 20 mai. 2020.



FIGUEIREDO, Pedro. *Esquema que levou ao afastamento de Witzel tem mais de 100 citados, diz MPF*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/08/29/esquema-que-levou-ao-afastamento-de-witzel-tem-mais-de-100-pessoas-envolvidas-diz-mpf.ghtml>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. Exigência de programa de integridade nas licitações. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

HENCSEY, Antônio Carlos; BEZERRA, Christina Montenegro; PERES, Marisa. Investigações Internas: Condução, Desafios e Melhores Práticas. In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

KLITGAARD apud LOVATO, Rafael Porto. Instrumentos de combate e prevenção à corrupção na administração pública sob uma perspectiva gerencial. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LAVIGNE, Cristina Olaya; RODRÍGUEZ, Ana Luisa Sánchez. *Introducción. Guia Prática de Identificación, Análisis y Evaluación de Riesgos*. Pamplona: Aranzadi, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PEREZ FILHO, Augusto Martinez. *O Compliance na Administração Pública*. Leme, SP: Editora JH Mizuno. Edição do [e-book].

RODRIGUES, André Luis Friaça et al. Risk Management (Gestão de Riscos). In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA apud LOVATO, Rafael Porto. Instrumentos de combate e prevenção à corrupção na administração pública sob uma perspectiva gerencial. In: DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira; SALLES, Luiz Eduardo; SANTOS, Sara Cristina Jampaulo. Background check: melhores práticas. In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VALENTE, Claudia Carvalho; DO AMARAL, Bartira Tupinambás; BONFANTE, Filipe Gollner. Compliance Officer X Investigador: Independência das Funções. In: FRANCO, Isabel. *Guia Prático de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VELÁSQUEZ, Fernando. *Corrupción y política criminal*. In: GRECO, Luiz; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.



A SUPERVENIÊNCIA DO IPTU SOBRE IMÓVEIS PÚBLICOS CEDIDOS A PARTICULARES EXPLORADORES DE ATIVIDADE ECONÔMICA COM FINS LUCRATIVOS E A NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CESSÃO DE USO DO BEM PÚBLICO

Lucas Rodrigues Tostes

Graduado pela Universidade Federal Fluminense.  
Advogado.

**Resumo** – o julgamento do RE nº 601.720/RJ pelo Supremo Tribunal Federal, que resultou na constitucionalidade da cobrança de IPTU sobre imóveis públicos cedidos a particulares exploradores de atividades econômicas com fins lucrativos, representou uma guinada na jurisprudência dos Tribunais Superiores. A partir dessa decisão, diversos Municípios passaram a instituir e cobrar o IPTU sobre imóveis que antes eram tidos como imunes a essa exação. Ocorre que a superveniência da cobrança do imposto pode provocar impactos significativos no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de cessão de uso de bem público que já estavam em vigor. Tendo isso em vista, o artigo busca analisar se a cobrança do IPTU caracteriza fato imprevisível apto a ensejar a revisão dos contratos administrativos afetados, bem como discutir sobre a aplicação da decisão firmada pelo STF no RE nº 601.720/RJ à luz da teoria dos precedentes judiciais.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Direito Processual Civil. Revisão Contratual. Teoria dos Precedentes.

**Sumário** – Introdução. 1. A modificação da jurisprudência como fato imprevisível. 2. A incidência do IPTU sobre imóveis públicos cedidos a particulares exploradores de atividade econômica e a necessidade de revisão contratual. 3. Da delimitação da Tese firmada pelo STF no RE nº 601.720/RJ à luz da teoria dos precedentes. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objetivo questionar se a superveniência da cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU sobre imóveis públicos cedidos a particulares exploradores de atividade econômica teria o condão de ensejar a revisão do contrato administrativo de cessão de bem público.

Há muito tempo a jurisprudência dos Tribunais Superiores sedimentou-se no sentido de ser incabível a cobrança de IPTU sobre imóveis públicos, ainda quando cedidos a particulares. Se por um lado a imunidade tributária recíproca garante a não incidência do imposto sobre imóveis dos entes públicos, por outro entendia-se que o cessionário de direito



de uso de bem público não poderia figurar como contribuinte do imposto, haja vista que a posse por este exercida decorre de relação pessoal, o que descaracterizaria o *animus domni*.

Entretanto, em 19 de abril de 2017, o Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento no RE nº 601.720/RJ, em sede de repercussão geral (Tema nº 437), passando a entender que é constitucional a incidência de IPTU sobre imóveis públicos quando cedidos a particulares que explorem atividade econômica. Em seus fundamentos, o STF invocou que a imunidade recíproca não pode ser estendida a particulares cuja atividade seja eminentemente lucrativa e que a não incidência tributária violaria a livre concorrência.

Dessa forma, verifica-se uma guinada na jurisprudência pátria quanto à possibilidade da incidência do IPTU sobre imóveis públicos cedidos a particulares que exploram atividade econômica. Diante da decisão do Supremo, não há dúvidas quanto à constitucionalidade da exação. No entanto, é importante examinar suas consequências sobre os contratos administrativos que já estavam em vigor, dado que a superveniência da cobrança do tributo pode acarretar desequilíbrio na equação econômico-financeira.

Diante desse quadro, o primeiro capítulo analisa se a mudança de orientação jurisprudencial atende ao requisito da imprevisibilidade para se promover a revisão dos contratos administrativos. É certo que a jurisprudência deve se manter estável, íntegra e coerente a fim de se preservar a segurança jurídica. Na prática judiciária, entretanto, as mudanças de entendimento são frequentes, sobretudo dos Tribunais Superiores. Assim, convém questionar se a alteração da jurisprudência poderia configurar fato imprevisível apto a ensejar a revisão contratual.

Uma vez superado esse ponto, o segundo capítulo busca analisar se a Tese fixada pelo STF no julgamento do RE nº 601.720/RJ - que possibilitou a cobrança de IPTU sobre imóveis públicos cedidos a particulares exploradores de atividades econômicas - é capaz de provocar a revisão dos contratos administrativos com base no restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro.

Em arremate, o terceiro capítulo investiga os fundamentos determinantes que embasaram a decisão do STF e reflete sobre os limites da aplicação da Tese firmada à luz da teoria dos precedentes.

Desse modo, o presente trabalho é desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que, a partir de uma premissa básica (Tese fixada em sede de repercussão geral pelo



STF), busca verificar se as hipóteses suscitadas comprovarão ou não a tese central do trabalho (necessidade da revisão contratual).

Para isso, o trabalho se utiliza da pesquisa qualitativa e parcialmente exploratória, uma vez que recorre a obras doutrinárias, leis e jurisprudência para verificar a sustentabilidade da tese.

## 1. A MODIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA COMO FATO IMPREVISÍVEL

Jurisprudência é o conjunto de decisões judiciais que versam sobre a mesma matéria proferidas em um mesmo sentido<sup>1</sup>. É intuitivo que ela deve se manter estável, íntegra e coerente, sendo corolário dos princípios da segurança jurídica e da isonomia. Não obstante, o legislador entendeu por bem prever expressamente tais diretrizes (vide artigo 926 do CPC) de forma a sistematizar sua elaboração e aplicação, haja vista a notável "desuniformidade da jurisprudência brasileira"<sup>2</sup>.

Apesar da nítida dedicação do Código de Processo Civil de 2015 à uniformização da jurisprudência, pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros-AMB<sup>3</sup> indica que a maioria dos magistrados entende que o juiz não deve se pautar por jurisprudência ao proferir suas decisões. Tendo em vista esse distanciamento entre os planos teórico e prático, cabe indagar se a mudança de orientação jurisprudencial atende ao requisito "fato imprevisível" para se promover a revisão de contratos administrativos.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é uma garantia constitucional, prevista no artigo 37, inciso XXI e, como tal, independe de expressa previsão contratual, podendo ser concedida a qualquer tempo<sup>4</sup>. Assim, pode-se afirmar que a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato reveste-se, não só como um direito do contratado, mas como um dever da Administração, de sorte que a

<sup>1</sup>CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 426.

<sup>2</sup>O termo em destaque encontra-se em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1455/1456. A falta de coerência da jurisprudência pátria também mereceu comentários de Daniel Amorim Assumpção Neves em: *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1300.

<sup>3</sup>ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Quem somos*: a magistratura que queremos. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <[https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

<sup>4</sup>Nesse sentido: Orientação Normativa AGU nº 22, de 1 de abril de 2009.



correlação encargo-remuneração deve ser preservada ao longo de toda a execução do contrato<sup>5</sup>.

Sob essa perspectiva, o artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), regulamentando o disposto na Constituição Federal, prevê a possibilidade de alteração do contrato administrativo para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Nota-se, portanto, que a superveniência de um fato imprevisível - ou previsível porém de consequências incalculáveis - é requisito indispensável para revisão contratual com base no dispositivo supracitado. Ainda com arrimo no preceito legal mencionado, a recomposição econômico-financeira do contrato deverá ser observada independentemente de o evento superveniente se tratar de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da Administração<sup>6</sup>, razão pela qual se mostra dispensável a distinção entre esses institutos para os objetivos do presente trabalho.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se a analisar se a modificação da jurisprudência atende ao requisito da imprevisibilidade capaz de levar à revisão do contrato administrativo. A despeito da carência de decisões judiciais e manifestações doutrinárias a respeito, não há dúvidas de que a alteração da jurisprudência pode se apresentar como fato imprevisível.

Como dito, a jurisprudência tem acento nos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. O modelo constitucional de direito processual implementado pelo Código de Processo Civil de 2015 determina que todo o regramento processual deve ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal (art. 1º, do CPC). Em vista disso, Alexandre Câmara<sup>7</sup> afirma que:

---

<sup>5</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 139:11-21, jan./mar.1980.

<sup>6</sup>Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.325 e JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. *Revista do Advogado nº 107*, São Paulo, dez. 2009. Hely Lopes Meirelles sustenta que fato do princípio e fato da Administração são teorias inconfundíveis, porém reconhece que ambas permitem a revisão contratual para recompor os preços. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 261.

<sup>7</sup>CÂMARA, op. cit., p. 2.



É fundamental, para preservar-se a segurança jurídica e a isonomia, que casos iguais recebam decisões iguais. E isso só se consegue quando juízes e tribunais respeitam não só as decisões dos tribunais que lhe sejam superiores (eficácia vertical dos precedentes), mas também as suas próprias decisões (eficácia horizontal dos precedentes).

O artigo 926 do Código de Processo Civil determina que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Nas palavras de Lenio Streck, a coerência e a integridade são "vetores principiológicos pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido."<sup>8</sup> Ainda segundo Streck, a coerência assegura a igualdade de julgamento aos casos iguais, enquanto a integridade está afeita à unidade do ordenamento. Ambas se complementam a fim de dar concretude ao princípio da isonomia.<sup>9</sup>

Ao seu turno, o princípio da segurança jurídica pode ser compreendido sob duas perspectivas. Partindo de um ponto de vista objetivo, a segurança jurídica traduz-se como regra de estabilização do ordenamento jurídico, ou seja, como certeza do Direito. Sob o viés subjetivo, apresenta-se como proteção da confiança legítima, isto é, "proteção da confiança das pessoas em relação às expectativas geradas por promessas e atos estatais."<sup>10</sup>

Dessa forma, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro - entendido como uma unidade sistemática coordenada e coerente de normas jurídicas<sup>11</sup> - apresenta como pilares fundamentais a segurança jurídica e a isonomia, não se pode admitir que a inconsistência da prática judiciária sobreponha-se a sistemática proposta pelo campo normativo. Ou ainda, nos dizeres de Bobbio, "[a] coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento."<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>9</sup>O autor ilustra o que aqui foi dito com um exemplo: "(...) suponhamos que por algum tempo o judiciário vinha declarando que os membros de diversas profissões (médicos, engenheiros, dentistas) eram responsáveis por danos causados por negligência, mas que os advogados eram imunes. Chega ao judiciário uma nova causa envolvendo, agora, a responsabilidade civil de causídicos. Por coerência, os advogados deveriam ficar imunes naquela causa. Afinal, é assim que as cortes vinham decidindo, inclusive a Corte Suprema. Só que, em face da integridade do direito, a tal imunidade feria a igualdade. Logo, a coerência deve ser quebrada pela integridade, passando também os advogados a responderem civilmente. Bingo!" Ibidem. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>10</sup>OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 164.

<sup>11</sup>BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. Tradução: Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014, p. 77.

<sup>12</sup>Ibidem, p. 111.



## 2. A INCIDÊNCIA DO IPTU SOBRE IMÓVEIS PÚBLICOS CEDIDOS À PARTICULARES EXPLORADORES DE ATIVIDADE ECONÔMICA E A NECESSIDADE DE REVISÃO CONTRATUAL

Como visto, a alteração de jurisprudência pacífica dos Tribunais deve ser compreendida, em tese, como fato imprevisível para fins de revisão contratual nos termos do artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93. Há que se analisar se esse mesmo entendimento se aplica ao julgamento do RE nº 601.720/RJ - *leading case* que concluiu pela constitucionalidade da cobrança de IPTU sobre bens públicos cedidos a particulares que exploram atividade econômica com fins lucrativos.

Inicialmente, é importante destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça desde há muito sedimentou-se no sentido de que “bem imóvel de domínio [público], ocupado por cessionária de uso de área, não se sujeita a incidência de IPTU, haja vista que a posse, nessa situação, não é dotada de *animus domini*.”<sup>13-14</sup> Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela impossibilidade de tributação pela Municipalidade de imóveis de domínio público, ocupados em caráter precário por delegatário de serviço público, em face da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal.<sup>15</sup>

Aliás, o Supremo Tribunal Federal possui precedente (RE nº 93.078-SP), de 14 de junho de 1983, pelo qual concluiu que a empresa concessionária de serviço público responsável por promover desapropriações de terrenos estaria imune ao imposto predial (art. 19, inc. III, letra a, da Constituição Federal)<sup>16</sup>. Naquela ocasião, destacou-se que:

Nenhuma relevância oferece, na solução da demanda, o artigo 170, § 2º, da Constituição Federal, do seguinte dizer: 'Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações'. É que não se cuida, na espécie, de imposto sobre a atividade econômica da

---

<sup>13</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp nº 103.464-1*. Relator: Sérgio Kukina. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1275930&num\\_registro=200700449852&data=20131029&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1275930&num_registro=200700449852&data=20131029&formato=PDF)>. Acesso em: 2 set. 2020.

<sup>14</sup>*Animus domini* trata-se “[d]a intenção de ter a coisa para si, de exercer sobre ela o direito de propriedade”. TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das coisas*. 7 ed. rev., atual. e ampl. V. 4. São Paulo: Método, 2015, p. 28.

<sup>15</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 253.394-7*. Relator: Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258274>>. Acesso em: 2 set. 2020.

<sup>16</sup>Cabe esclarecer que a decisão foi proferida na vigência da Constituição de 1967, com redação alterada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Todavia, a redação do dispositivo citado encontra correspondência na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 150, VI, alínea “a”.



apelante (esta, sim, sujeita a tributação), mas de imposto sobre a propriedade, cumprindo perquirir unicamente se a apelante é ou não proprietária, dado que o imposto predial tem como fato gerador 'a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município' (Código Tributário Nacional, artigo 32).<sup>17</sup>

Percebe-se, pois, que a jurisprudência dos Tribunais Superiores era consistente em estender a chamada imunidade recíproca (art. 150, VI, “a”, CRFB/88) relativa ao IPTU dos imóveis públicos aos cessionários do bem público, ainda quando estes explorassem atividade econômica com fins lucrativos.

Ocorre que o julgamento do RE nº 601.720/RJ (Tema de Repercussão Geral nº 437) representou uma reviravolta nessa jurisprudência. Por maioria de votos, os ministros decidiram pela constitucionalidade da exação e fixaram a seguinte tese: “[i]ncide o IPTU considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo.”<sup>18-19</sup>

Dessa forma, à luz do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, não há dúvidas quanto à constitucionalidade da cobrança de IPTU sobre imóvel público cedido à particular que explore atividade econômica com finalidade lucrativa. Falta analisar se a superveniência da cobrança do IPTU sobre os imóveis públicos objetos de contratos de cessão de uso vigentes anteriormente à decisão do STF deverá acarretar a revisão contratual com base no restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro.

A doutrina sintetiza os seguintes pressupostos da revisão contratual para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro: i) superveniência do evento causador da quebra da equação; ii) impossibilidade de execução do objeto do contrato ou, ao menos, acentuada desproporção econômica que a inviabilize; iii) imprevisibilidade do evento causador da quebra da equação ou, ainda que previsível, suas consequências sejam incalculáveis; e iv) ausência de conduta culposa do contratado.<sup>20</sup>

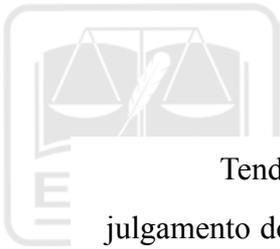
---

<sup>17</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 93.078-SP*. Relator: Djaci Falcão. Disponível em: <[http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/107\\_2.pdf](http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/107_2.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2020.

<sup>18</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 601.720*. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13534812>>. Acesso em: 2 set. 2020.

<sup>19</sup>Nessa mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE nº 594.015/SP (Tema de Repercussão Geral nº 385), concluindo que “[n]ão se beneficia da imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal a sociedade de economia mista ocupante de bem público.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 594.015*. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13440489>>. Acesso em: 2 set. 2020.

<sup>20</sup>Nesse sentido: NESTER, Alexandre Wagner. *A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 17, jul. 2008. Disponível em: <[www.justen.com.br/informativo](http://www.justen.com.br/informativo)>. Acesso em: 12 mai. 2020.



Tendo em vista que o presente trabalho busca analisar as consequências do julgamento do RE nº 601.720/RJ sobre os contratos administrativos celebrados anteriormente à decisão, considerar-se-á superado o primeiro pressuposto. Ademais, considerando a imprevisibilidade da alteração jurisprudencial - analisada no capítulo 1 - e a ausência de conduta do contratado, já que o evento causador da quebra do equilíbrio contratual é a superveniência da incidência de tributo, resta verificar se essa nova exação provocará desequilíbrio na equação econômica do contrato.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que “[c]aracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, decorrente de nova e imprevisível incidência tributária, é desnecessário perquirir acerca de sua onerosidade excessiva para justificar a reparação dos danos daí decorrentes.”<sup>21</sup>

Dessa forma, caso a superveniência da incidência do IPTU sobre o bem público cedido ao particular acarretar desequilíbrio na equação econômica do contrato - o que é bastante provável, tendo em vista tratar-se de um custo inesperado no momento da celebração do contrato -, a Administração Pública deverá rever o contrato de cessão de uso para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, independentemente de tal desequilíbrio inviabilizar ou não a execução do contrato. Em suma, a superveniência da incidência do IPTU sobre imóveis públicos cedidos a particulares exploradores de atividade econômica enseja o dever de revisão contratual.

### 3. DA DELIMITAÇÃO DA TESE FIRMADA PELO STF NO RE Nº 601.720/RJ À LUZ DA TEORIA DOS PRECEDENTES

Uma vez concluído que superveniência da cobrança de IPTU sobre imóvel público cedido a particular explorador de atividade econômica com fins lucrativos tem o condão de ensejar a revisão do contrato administrativo de cessão de uso, mister examinar a devida aplicação da Tese firmada pelo STF no julgamento do RE nº 601.720/RJ à luz da teoria dos precedentes.

---

<sup>21</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgReg no RE nº 902.910*. Relator: Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748675911>>. Acesso em: 2 set. 2020.



Segundo Alexandre Câmara, a doutrina dos precedentes, conhecida como *stare decisis*<sup>22</sup>, surgiu com grande força nos países vinculados ao sistema do *common law*.<sup>23</sup> Ainda segundo o ilustre processualista, precedentes são decisões judiciais que funcionam como *principium* argumentativo na construção de decisões posteriores.<sup>24</sup> Seria lógico afirmar, portanto, que a existência de uma decisão judicial posterior é pressuposto para a caracterização de uma decisão judicial como precedente. Entretanto, o direito processual brasileiro inovou nessa disciplina ao pré-estabelecer decisões judiciais que terão eficácia de precedentes. Nesse contexto, são elucidativas as palavras de Lenio Streck e Georges Abboud:

Ora, o precedente genuíno no *common law* nunca nasce desde-sempre precedente. E nem é feito em *workshop* ou jornadas (caso dos enunciados). Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para torná-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário, então é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente. Ou seja, no *common law*, o que confere essa dimensão de precedente à decisão do tribunal superior é sua aceitação primeiro pelas partes e, em seguida, pelas instâncias inferiores do Judiciário. Daí ele ser dotado de uma aura democrática que o precedente à brasileira não possui, uma vez que os provimentos vinculantes do CPC já nascem — e isso é uma jaboticaba — dotados de efeito vinculante, independentemente da qualidade e da consistência da conclusão de suas decisões.<sup>25</sup>

Ou seja, pelo direito brasileiro a própria lei já define que, em determinadas hipóteses, os padrões decisórios terão eficácia vinculante (ou, ao menos, persuasiva). É o que Alexandre Câmara chama de “precedentes de propósito”<sup>26</sup>. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral se enquadra nesses casos. São essas as lições de Luiz Guilherme Marinoni, para quem a decisão do STF nos casos de repercussão geral “espraia-se para além do caso concreto, constituindo a sua *ratio decidendi*, motivo de vinculação tanto

---

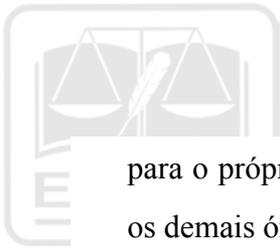
<sup>22</sup>O processualista explica que a expressão *stare decisis* é extraída da frase latina *stare decisis et quieta non movere*, que pode ser traduzida para vernáculo como “aderir a precedentes e não perturbar coisas que estão estabelecidas”. Por fim, o doutrinador define *stare decisis* como “a regra segundo a qual os órgãos jurisdicionais ficam vinculados aos precedentes”. CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 15.

<sup>23</sup>Ibidem.

<sup>24</sup>Ibidem, p. 220.

<sup>25</sup>STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 14 out. 2020.

<sup>26</sup>CÂMARA, op. cit., 2015, p. 437.



para o próprio Supremo Tribunal Federal (vinculação horizontal) como, potencialmente, para os demais órgãos jurisdicionais (vinculação vertical).”<sup>27</sup>

Dessa forma, sob a ótica do regramento processual brasileiro, a decisão proferida pelo STF no julgamento do RE nº 601.720/RJ é dotada de eficácia de precedente, visto que deverá ser observada pelos tribunais pátrios quando se depararem com casos análogos.

A partir dessas notas introdutórias, é preciso delimitar o âmbito de aplicação dessa decisão como precedente. Para tanto, convém destacar os aspectos fáticos do caso paradigma e, principalmente, os fundamentos determinantes daquela decisão. Isso porque, como ensina a melhor doutrina, “a única parte de um caso prévio que é vinculante é a *ratio decidendi* (razão de decidir).”<sup>28-29</sup>

O caso concreto do RE nº 601.720/RJ tratava-se de contrato de concessão de uso de imóvel entre a INFRAERO<sup>30</sup> e uma concessionária de veículos (Barrafor Veículos Ltda.). O imóvel em questão está situado na Avenida Ayrton Senna, no Rio de Janeiro, local onde também se encontram diversas outras concessionárias de veículos. Sob essa perspectiva, o Supremo entendeu que a concessionária Barrafor Veículos Ltda. não poderia se beneficiar da imunidade sobre o imóvel da INFRAERO, já que o bem estaria sendo usado para exploração de atividade econômica com fins lucrativos. Caso contrário, a concessionária Barrafor Veículos Ltda. gozaria de posição privilegiada frente às demais concessionárias de veículos da região tão-somente por estar situada em um imóvel cujo titular é imune ao IPTU. Assim, a não incidência tributária de IPTU sobre imóvel utilizado por pessoa jurídica de direito privado para a prática de atividade econômica com fins lucrativos violaria o princípio da livre concorrência.

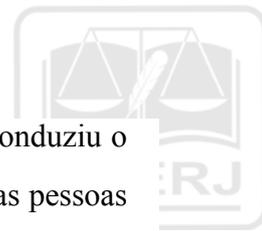
---

<sup>27</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79.

<sup>28</sup>CROSS apud CÂMARA, op. cit., 2017, p. 270.

<sup>29</sup>Aqui, cabe fazer uma ressalva. Prevalece na prática o entendimento de que “o teor vinculante do precedente, a ser observado pelas demais instâncias, corresponderá à tese jurídica afirmada pela corte ao decidir”. Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2020. Para uma visão crítica à adoção de “teses” formuladas pelos Tribunais com efeitos vinculantes, conferir: STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>30</sup>O STF, em sede de repercussão geral, já havia pronunciado a extensão da imunidade tributária recíproca à INFRAERO, na qualidade de prestadora de serviço público. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE-RG nº 638315*. Relator: Cesar Peluzo. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral2728/false>>. Acesso em: 14 set. 2020.



O voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, que abriu a divergência e conduziu o julgamento, registrou que “[u]ma vez verificada atividade econômica, nem mesmo as pessoas jurídicas de direito público gozam da imunidade, o que dizer quanto às de direito privado.” E concluiu que “[t]em-se afronta ao princípio da livre concorrência versado no artigo 170 da Constituição Federal, por estar-se conferindo ao particular uma vantagem indevida, não existente para os concorrentes.”<sup>31</sup>

Seguindo o raciocínio pela constitucionalidade da tributação, votaram os Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Rosa Weber, Luis Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Tendo em conta que os fundamentos determinantes são aqueles que tenham sido acolhidos, expressa ou implicitamente, pela maioria dos votos formadores do acórdão<sup>32</sup>, é possível sintetizar a *ratio decidendi* do julgamento em análise a partir do seguinte excerto do voto da Min. Cármen Lúcia:

A incidência da imunidade tributária, na espécie, não resiste a uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais (art. 150, §3º c/ c art. 170, inc. IV), contrários à concessão reflexa de benesse tributária, a favorecer não o ente federado, mas empresa privada que se sujeita, exclusivamente, ao regime da isonomia, em livre concorrência.

Em outras palavras, a imunidade recíproca não pode ser estendida a particulares cuja atividade seja eminentemente lucrativa, pois a não incidência tributária, nesses casos, violaria a livre concorrência.

Uma vez indenticada a *ratio decidendi*, é possível extrair as seguintes conclusões a respeito da aplicação da Tese firmada pelo STF como precedente judicial: i) o bem imóvel deve ser de titularidade de entidade beneficiária da imunidade recíproca; ii) o bem imóvel deve estar sendo utilizado por particular para exploração de atividade econômica com fins lucrativos; e iii) a não incidência tributária deve comprometer o princípio da livre concorrência.

No que tange à primeira conclusão, cabe ressaltar que, ainda que a Tese firmada pelo STF se refira expressamente a “bem de pessoa jurídica de direito público”, é possível aplicá-la a bens imóveis de pessoa jurídica de direito privado, desde que esta seja beneficiária da imunidade recíproca (e.g. prestadoras de serviços públicos). Assim, por exemplo, o

---

<sup>31</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 601.720*. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13534812>>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>32</sup>Nesse sentido: CÂMARA, op. cit., 2017, p. 354.



precedente é perfeitamente aplicável a imóveis da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT<sup>33</sup> ou da INFRAERO<sup>34</sup> quando forem objeto de cessão de uso.

Quanto à segunda conclusão, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Reclamação nº 32.717, afastou a aplicação do entendimento firmado no RE nº 601.720/RJ (Tema de Repercussão Geral nº 437) à Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP, uma vez se tratar de empresa prestadora de serviços públicos. O seguinte trecho da decisão esclarece bem a distinção:

Destarte, verifica-se que as discussões ora em comento comportam dois aspectos envolvendo o pagamento de tributos: um é a inaplicabilidade da imunidade tributária recíproca às empresas que, embora utilizem imóvel público, explorem atividades com fins lucrativos (Tema 437 da Repercussão Geral) e o outro é a aplicabilidade da imunidade recíproca às empresas que, a despeito de ostentarem natureza privada, prestem serviços essencialmente públicos (RE 253.472)<sup>35</sup>

Não se pode olvidar, por fim, a terceira conclusão. Isso porque a maioria dos ministros do STF se manifestou no sentido de que a não incidência tributária poderia comprometer o princípio da livre concorrência. Assim, trata-se de fundamento determinante para a conclusão do julgamento do caso paradigma e, por conseguinte, deve ser dotado de efeito vinculante. Logo, se em um determinado caso concreto uma empresa privada cessionária de bem público não exercer atividade econômica em regime de concorrência ou, até mesmo, se ficar comprovado que a incidência tributária não impacta na livre concorrência, seria possível afastar a aplicação da Tese fixada pelo STF.

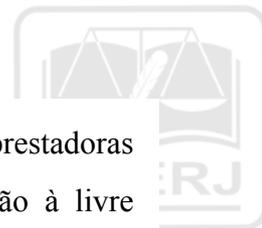
Conclui-se, portanto, que a decisão proferida pelo STF no RE nº 601.720/RJ deve ser interpretada de forma a abranger, não apenas os bens de pessoas jurídicas de direito público, mas também os bens de pessoas jurídicas de direito privado cujo titular seja beneficiário da imunidade tributária recíproca. Ademais, a aplicação do *decisum* na condição de precedente deve se limitar às cessionárias de direito privado que explorem atividade econômica com fins

---

<sup>33</sup>Nesse sentido: A imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição alcança o IPTU que incidiria sobre os imóveis de propriedade da ECT e por ela utilizados. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 773.992/BA*. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7795987>>. Acesso em: 14 out. 2020.

<sup>34</sup>Nesse sentido: (...) a Infraero faz jus à imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da CF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE-RG nº 638315*. Relator: Cesar Peluzo. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral2728/false>>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>35</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 32.717*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=103&dataPublicacaoDj=17/05/2019&incidente=5600632&codCapitulo=6&numMateria=70&codMateria=2>. Acesso em: 11 set. 2020.



lucrativos, não sendo possível estendê-lo às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Por fim, a imunidade tributária deve implicar em violação à livre concorrência, pois, somente nesses casos, as razões de decidir do caso paradigma subsistirão.

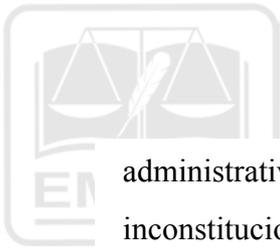
## CONCLUSÃO

O presente artigo científico constatou que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 601.720/RJ, em sede de repercussão geral (Tema 437), representou uma guinada na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Até então, a jurisprudência pátria estava firmada no sentido de que a imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, se apresentaria como óbice à incidência do IPTU sobre imóveis públicos, ainda quando estivessem cedidos a particulares que explorem atividade econômica com fins lucrativos.

Demonstrou-se que, a partir do julgamento do caso paradigma (RE nº 601.720/RJ), o STF reconheceu a constitucionalidade da incidência tributária sobre bens imóveis de titularidade de ente público, quando estiverem cedidos a particulares exploradores de atividade econômica com fins lucrativos. Foi possível identificar como fundamento determinante do julgamento em análise o fato de que a não incidência tributária nesses casos viola o princípio da livre concorrência.

Com base nessas premissas, inicialmente buscou-se comprovar que a alteração da jurisprudência dominante dos Tribunais deve ser compreendida como fato imprevisível. Como visto, a segurança jurídica e a isonomia são pilares fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Elas dão sustentáculo ao dever de uniformização da jurisprudência dos Tribunais, de modo a se preservar a estabilidade, a integridade e a coerência das decisões judiciais. Assim sendo, a mudança da orientação jurisprudencial dominante dos Tribunais deve ser reputada como fato imprevisível, já que iria de encontro à confiança legítima depositada pelos jurisdicionados na manutenção da orientação até então consagrada.

Tendo isso em vista, o estudo procurou examinar se a superveniência da instituição e cobrança do IPTU sobre os imóveis públicos objeto de contrato de cessão de uso com particulares ensejaria a necessidade de se promover a revisão contratual para se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. Após analisar os pressupostos da revisão dos contratos



administrativos, constatou-se que a incidência de tributo - que até então era inexistente (ou inconstitucional) - sobre o objeto de contrato administrativo acarreta desequilíbrio na equação econômica do contrato apto a ensejar a revisão contratual.

Ao final, o estudo se propôs a investigar a delimitação do que ficou decidido no RE nº 601.720/RJ sob a ótica da teoria dos precedentes. Nesse sentido, é comum que magistrados e tribunais apliquem teses fixadas pelos Tribunais Superiores sem a devida compreensão das circunstâncias fáticas e dos fundamentos determinantes que formaram a decisão paradigma. Desse modo, pode-se validar três pressupostos para a devida utilização do julgamento do RE nº 601.720/RJ como precedente judicial: i) o bem imóvel deve ser de titularidade de entidade beneficiária da imunidade recíproca; ii) o bem imóvel deve estar sendo utilizado por particular para exploração de atividade econômica com fins lucrativos; e iii) a não incidência tributária deve comprometer o princípio da livre concorrência. Assim, apenas quando constatados esses pressupostos seria legítimo o afastamento da imunidade recíproca e a subsequente tributação.

Por tudo o que foi dito, é possível concluir que a superveniência da cobrança de IPTU sobre bem público cedido a particular que explore atividade econômica com fins lucrativos acarreta o dever de revisão contratual para se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. Contudo, a Tese fixada pelo STF no Tema de Repercussão Geral nº 437 deve ser aplicada com vistas a atender aos fundamentos determinantes do julgamento do RE nº 601.720/RJ, isto é, evitar que particulares gozem de privilégios tributários que possam comprometer o princípio da livre concorrência.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <[https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 22 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2020.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp n° 103.464-1/RJ*. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/m\\_e\\_d\\_i\\_a\\_d\\_o/?componente=ITA&sequencial=1275930&num\\_registro=200700449852&data=20131029&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/m_e_d_i_a_d_o/?componente=ITA&sequencial=1275930&num_registro=200700449852&data=20131029&formato=PDF)>. Acesso em: 22 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 601.720/RJ*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc\\_TP=TP&docID=13534812](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc_TP=TP&docID=13534812)>. Acesso em: 14 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 594.015/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc\\_TP=TP&docID=13440489](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc_TP=TP&docID=13440489)>. Acesso em: 14 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 253.394-7/SP*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258274>>. Acesso em: 2 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 93.078-SP*. Relator: Ministro Djaci Falcão. Disponível em: <[http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/107\\_2.pdf](http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/107_2.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AgReg no RE n° 902.910/RJ*. Relator: Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748675911>>. Acesso em: 22 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE n° 1022368/RN*. Relator: Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311510939&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 773.992/BA*. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7795987>>. Acesso em: 14 out. 2020.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. Tradução Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. In: *Revista do Advogado n° 107*, São Paulo, dez. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.



MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 139, p. 11-21, jan./mar. 1980.

NESTER, Alexandre Wagner. A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 17, jul. 2008. Disponível em: <[www.justen.com.br/informativo](http://www.justen.com.br/informativo)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

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

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das coisas*. 7 ed. rev., atual. e ampl. V. 4. São Paulo: Método, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

## EUTANÁSIA: MORRER COM DIGNIDADE OU ESTAR CONDENADO AO SUSPIRO DE UMA VIDA INDIGNA?

Luciana de Castro Lima Knak

Graduada pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogada.

**Resumo** – diante o contexto hodierno de democracia e de supervalorização de direitos, principalmente da dignidade e da liberdade, é necessário rediscutir conceitos e parâmetros no que diz respeito à vida – plena – e à morte – digna –, para então responder se há o direito à uma morte no momento determinado pela escolha do próprio indivíduo. O escopo do trabalho é apresentar nos casos de pacientes portadores de doenças terminais e irreversíveis, cujos tratamentos os impõem sofrimento extremo, os direitos e bens jurídicos tutelados e ponderá-los de forma sistemática com os direitos e princípios já previstos expressamente na Constituição Federal, principalmente a dignidade da pessoa humana sob a acepção da autonomia. É saber, na conduta eutanásica à o direito à uma morte digna?

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Eutanásia. Dignidade Humana. Autonomia. Liberdade. Vida digna. Morte digna.

**Sumário** – Introdução. 1. A quimera da morte e vida e sua contemporaneidade 2. O princípio da Dignidade da pessoa humana e a sua relação com o direito à vida e a eutanásia 3. A eutanásia e o direito à uma morte digna. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Morrer com dignidade ou estar condenado ao suspiro de uma vida indigna? Certamente a grande maioria das pessoas, jamais se fez esta pergunta. Talvez porque, na efervescência de seus extintos, cuja busca pela sobrevivência é inata à natureza animal, para a raça humana, viver estaria acima de quaisquer concessões ou sacrifícios que se possam exigir para que, ainda que por alguns segundos, fosse possível viver um pouco mais de vida. "Viver um pouco mais de vida" pode, a princípio, soar como um pleonismo, frase fazia de sentido redundante. Todavia, é este o ponto de partida do presente trabalho.

Contemporaneamente o conceito de vida deve ser reinterpretado à luz das necessidades e mudanças sócio culturais o que será abordado no capítulo 1. Reconhecer a vida como uma variação de estados anímicos em que a depender da maneira e da forma com que se apresentam, estar-se-á diante a "vida", definida por um conceito biomédico, ou a "vida plena", definida pelo sentido de satisfação, liberdade, felicidade, autonomia e principalmente dignidade, exercitadas pelo indivíduo ao longo dos limites de suas faculdades físicas e mentais.



É justamente o conceito de "vida plena", entendida como àquela plena, em que se prioriza a liberdade e a individualidade, que fundamentará todo o objeto de pesquisa a fim de se determinar se os pacientes portadores de doenças terminais e irreversíveis - cuja dor e sofrimento são insuportáveis - que, não obstante o estado biofísico que determina a existência de vida, não mais canalizam as suas energias e capacidades vitais para o mundo exterior que os rodeia. É saber, o direito de viver, em muito desses casos, pode ser reduzido a um dever em que se impõem um verdadeiro exercício de morte vivida. É então que a Eutanásia pode significar a verdadeira libertação, o direito à uma morte digna.

Diante a tantos questionamentos surge para o Direito, um fundamento que faz sustentar todo o arcabouço teleológico do Estado Democrático: a dignidade da pessoa humana, prevista expressamente na Constituição de 88 como fundamento da República do Brasil. Muito embora, seja a dignidade de extrema importância, é preciso entendê-la sob as acepções em que esta pode ser reconhecida e aplicada no presente trabalho.

A dignidade como autonomia que será apresentada no capítulo 2 é a acepção estruturante da tese defendida, pois que materializa os direitos mais relevantes, justificando assim os demais direitos fundamentais dentre os quais: autonomia, determinação, liberdade e intimidade.

Dito de outro modo, é sob o contexto de democratização do direito e de supervalorização dos direitos humanos e fundamentais, que se abrem os debates a fim de determinar se existe o direito à uma morte digna no tempo determinado pela escolha do indivíduo, questão que será trazida no capítulo 3.

Como o objetivo desta pesquisa é defender a possibilidade de realização da eutanásia nos casos de pacientes terminais cuja doença é irreversível, analisando assim, os direitos, princípios e valores constitucionais no direito pátrio, serão utilizados alguns recursos metodológicos, dentre os quais: o método explicativo e o hipotético – dedutivo, bem como a pesquisa bibliográfica.

## 1. A QUIMERA DA MORTE E VIDA E A SUA CONTEMPORANEIDADE

Falar sobre eutanásia, é tratar fundamentalmente sobre a vida e morte, temas sempre muito polêmicos durante toda a existência humana. É a morte e a vida a dialética da finitude e da infinitude; do temporal e do atemporal.

Por séculos a finitude e a infinitude da vida têm sido os verdadeiros espectros de discussões entre filósofos, religiosos e operadores do direito que se utilizam de

fundamentos das mais diversas áreas desde a filosofia, teologia, medicina, biologia e fundamentalmente o próprio direito. Com a evolução do direito e a sua função social, é cada vez maior a necessidade de se permitir a discussão - sobretudo com fundamentos jusfilosóficos - acerca das questões que norteiam a vida e a morte enquanto conceitos, de tal modo que, se possa realocá-los na contemporaneidade de forma mais justa e equitativa. Para isso, é conveniente adentrar em uma análise filosófica dos conceitos de morte e vida para ao final, se fazer entender o real fundamento deste trabalho.

Dizia o filósofo Epicuro<sup>1</sup> (341 - 271 a.C.) “A morte é uma quimera: porque enquanto eu existo, ela não existe; e quando ela existe, eu já não existo”. Certo estava Epicuro quando se faz uma análise biomolecular e sistemática do conceito vida e morte, sem levarmos em conta os aspectos internos, éticos, morais, psicológicos, e jurídicos que alimentam tais conceitos de forma individualizada.

A vida, deriva do latim “*vita*”, que se refere à vida. É o estado de atividade incessante comum aos seres organizados. É o período que decorre entre o nascimento e a morte. Por extensão, vida é o tempo de existência ou funcionamento de alguma coisa.

Não obstante as discussões sobre o início da vida serem de extrema importância para o direito – principalmente no que diz respeito ao direito patrimonial e à esfera penal – para o presente trabalho tal importância não se verificará, visto que nos ateremos ao momento posterior ao seu início, em que a consciência do indivíduo está plenamente formada e determinada de acordo com seus valores éticos, morais e sociais.

Embora os dicionários tragam um conceito engessado de vida, em um mundo contemporâneo, em que os indivíduos são dotados de consciência, determinação, valores, experiências, religião, não é razoável que a vida, enquanto fundamento das discussões sobre eutanásia, deva se resumir à tão somente uma atividade bioquímica do organismo.

Desta forma, não se mostra razoável um indivíduo que, embora dotado de atividade biomolecular e consciência, quando, em fase terminal de uma doença que o impõe extrema agonia, dor e sofrimento, em um momento em que suas vontades, anseios e objeções, não mais podem ser correspondidas em razão das limitações físicas as quais a doença o impôs, tenha o direito à vida reconhecido apenas como um direito à atividade cerebral. Nestes casos, a vida deve ser entendida sob um conjunto de direitos, determinações e anseios, os quais faz com que aquele se sinta de fato vivo, plenamente.

---

<sup>1</sup> DE SAMOS, Epicuro. *Carta sobre a felicidade (a Meneceu)*. Tradução e apresentação: Álvaro Lorencini e Enzo Del Carratore. São Paulo: Unesp, 1973, p. 88.



É sob este questionamento, que surgem os direitos que devem ser entendidos em conjunto com o conceito biomédico de vida. O conceito de vida deve ser alargado sob os espectros da dignidade, autonomia, felicidade. A vida não é um direito absoluto, pelo contrário, ela é o fundamento de diversos outros direitos previstos na Constituição Federal de 1988<sup>2</sup> que prevê exatamente em seu artigo 5º, caput “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

O direito à vida deve ser observado sob um novo conceito, em que se conjugue tanto a atividade bioquímica e cerebral de um indivíduo, bem como os demais direitos inerentes à sua personalidade e dignidade.

A morte tem sua origem no latim "*mors, mortis*", de "*mori*" (morrer), que exprime o fim da vida, seja animal ou vegetal. A biologia define a morte como sendo a impossibilidade orgânica de manter o processo homeostático-, ou seja, nada mais é do que o final de um organismo vivo que havia sido originado a partir do seu nascimento.

Durante séculos o conceito de morte vem sofrendo diversas alterações. Em um primeiro momento considerava-se a morte o momento em que o coração parava de bater e o indivíduo parasse de respirar.

Hodiernamente, este conceito não é mais empregado, levando-se em conta a possibilidade de um indivíduo respirar mecanicamente com o auxílio de aparelhos. Dessa forma, trabalha-se com o conceito de morte cerebral, em que se identifica a parada irreversível da atividade cerebral. É este o momento em que ocorre a morte.

Ao deixar de lado as discussões biomédicas do momento morte, esta sempre foi o eixo de discussão em diversas outras áreas do conhecimento sejam elas a sociologia, filosofia, teologia e o próprio direito.

As questões relacionadas à morte, ganham maior relevância quando percebidas de forma individualizada. Esses temas sempre foram exaustivamente trabalhados por grandes filósofos e o são até hoje levantados por diversos filósofos contemporâneos.

Michel de Montaigne<sup>3</sup> (1533-1592), filósofo e jurista francês considerado o inventor do ensaio pessoal-, assim pensava sobre a morte:

---

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2020.

<sup>3</sup> MONTAIGNE, Michel. *Ensaíos*. V.1 e 2. Col.: os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 93.

[...] ninguém morre antes da hora. O tempo que perdeis não vos pertence mais do que procedeu o vosso nascimento, e não vos interessa: considerai com verdade que os séculos inumeráveis, já tornados, sóis para vós como se não tivessem sido. Qualquer que seja a duração de sua vida, ela é completa. Sua utilidade não reside na duração e sim no emprego que lhe dais. Há quem vive muito e não viveu e meditai sobre isso enquanto o podés fazer, pois depende de vós, e não do número de anos, todos vividos bastante imagináveis então nunca chegardes ao ponto para o qual vos dirigíeis? Haverá caminho que não tenha fim. [...]

Nas palavras de Montaigne, é possível estabelecer que a morte sempre carrega uma carga de subjetivismo das questões internalizadas ao longo da vida. Ainda que para alguns, a opção deliberada pela morte soe como uma externalização de angústia, dor, sofrimento ou até mesmo de fuga e fraqueza, muitas vezes tais sentimentos podem se equiparar à própria morte.

É nesse contexto que a religião, os dogmas, a filosofia e até mesmo o direito, assumem um grande papel ao determinar e permitir condições de se estabelecer o que é razoável para aquele indivíduo ou não. Para alguns religiosos, a morte do corpo pode não significar a finitude da vida, pelo contrário. Para outros, a morte vai muito além daquela própria do corpo, e pode ser que a morte física seja a única saída capaz de libertar da imposição de uma morte sofrida, onde os mais sacrificados são aqueles que sequer podem se autodeterminar de forma digna.

Nesse ponto, o papel fundamental do direito, ainda mais após as duas grandes guerras mundiais, é o de colocar o indivíduo como centro de toda a estrutura principiológica jurídica, a fim de conceber a ideia de morte como necessária e razoável em alguns casos.

Grande parte dos discursos, senão a sua maioria, que fundamentam a luta incessante pela vida e recriminam a opção pela morte, estão ligados a fundamentos ético-religiosos, carregados de subjetivismos muitas vezes egoísticos. O direito existe para atender os que dele se socorrem e cada indivíduo é uma unidade em si. Quando as correntes sociais, religiosas e filosóficas não mais forem capazes de reequilibrar as relações humanas, é o direito o fundamento da vida em sociedade.

Destarte, é necessário entender o homem como um ser dotado de consciência, capaz de se desvencilhar de questionamentos relacionados à existência, abrindo mão desta quando lhe for razoável. Por óbvio que tal desprendimento desponta uma grande carga de subjetivismo, ainda mais se for levado em conta que é empregado o fim da vida para os que ainda estão exercitando a atividade de viver.



Nesse sentido, é preciso que o direito se desprenda de valores morais-religiosos quando se analisa a morte, como escolha, de forma individualizada. A religião nada mais é do que o exercício da liberdade de identificação de crenças e dogmas pessoais, os quais o direito deve se desligar sob pena de se tornar um verdadeiro instrumento de sistematização da religião, e pelo qual não é o seu fundamento, haja vista a laicidade de nosso Estado.

Deve a morte ser entendida como um conceito mais amplo e que privilegie à dignidade da pessoa humana. Por óbvio que, ao deixar de lado as diretrizes e fundamentos religiosos, a morte é resumidamente estabelecida por critérios médicos originários da biologia molecular. É a biomedicina, em sua grande maioria, a responsável por delimitar o momento da vida e da morte.

No entanto, com tantos avanços sociais, culturais, éticos e morais, além da crescente preocupação com o indivíduo e o seu bem-estar, o conceito de morte deve ser ampliado sob uma análise de vontade e dignidade. É saber, haverá casos em que, não obstante o corpo físico ainda esteja tecnicamente e biologicamente vivo, o indivíduo não mais se encontra com a vontade de permanecer assim, e por traz dessa vontade, existe um direito que deve ser reconhecido, ponderado e respeitado: sua dignidade. A busca desmedida e insistente em mantê-los vivo é em certos casos, e para alguns pacientes uma verdadeira pena: viver a morte vivida, por mais antinômico que se possa parecer.

E nesse contexto, diante a tantos questionamentos no que se refere à liberdade de um indivíduo se autodeterminar a finitude da vida, o único argumento que não deve prevalecer é o religioso, se o próprio indivíduo já se determinou a não concebê-lo, sob pena de violarmos a sua própria liberdade. Deve-se então prevalecer a dignidade e liberdade do indivíduo, que já desgastado pela morte vivida, opta por ter a sua dignidade reconhecida em seu último suspiro, respeitada a sua autonomia, liberdade, e dignidade, fundamentos do nosso ordenamento jurídico.

Destarte, a vida e a morte vão muito além dos conceitos religiosos ou fisiológicos estabelecidos pela religião ou biomedicina. De um lado, é preciso entender e delimitar a vida além de uma atividade biomolecular, mas como um conjunto de condições sócio mentais, capazes de proporcionar ao indivíduo a atividade biológica de seu organismo, equilibrada com diversas condições internas dentre elas: a felicidade, o bem estar, o equilíbrio, a paz, a dignidade e sobretudo, a vontade de estar e permanecer vivo. É a sede de viver a essência da própria vida. É também o marco capaz de determinar o seu próprio fim.

## 2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A SUA RELAÇÃO COM O DIREITO À VIDA E A EUTANÁSIA

A palavra dignidade, deriva do latim “*dignus*”, que significa aquele que merece estima e honra; aquele que é importante<sup>4</sup>. A dignidade apresentou diversos significados ao longo da história, e entre os doutrinadores pôde-se concebê-la sob três dimensões: social, moral e psicológica. A dimensão psicológica é a mais utilizada hodiernamente, pois reflete uma característica própria do indivíduo, isenta de valores religiosos, culturais e científicos.

Immanuel Kant definiu a dignidade como um conceito independente de perspectivas religiosas, cuja essência designa um valor próprio, o qual regula as relações sociais do homem com o mundo. Leia-se:

[...] duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. [...] Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)<sup>5</sup>

A filosofia foi o berço da dignidade humana. Durante séculos, fundamentalmente como um valor ético – moral, a dignidade sempre esteve ligada à concepção de justo, bom, virtuoso. Servia como um verdadeiro parâmetro de condutas individuais e sociais. Foi somente após a Segunda Guerra Mundial<sup>6</sup> que a dignidade da pessoa humana passou a ser incorporada expressamente nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Constituições, Convenções Internacionais, e Declarações, entre elas a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas<sup>7</sup>, passaram a tratar a

<sup>4</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo jurídico. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 110-112.

<sup>5</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: *Os Pensadores – Kant (II)*, Tradução: Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 134-135.

<sup>6</sup> Como forma de reação às práticas ocorridas durante o nazismo, fascismo, escravidão e à tortura o reconhecimento da dignidade da pessoa humana fizeram despertar a consciência sobre a necessidade de proteção do homem enquanto um ser.

<sup>7</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo. A Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de



dignidade como um fundamento reconhecido formalmente, e não somente um conteúdo teleológico de legitimação dos demais direitos.

Foi neste momento que a dignidade se tornou o centro axiológico dos sistemas jurídicos, a fonte dos direitos materiais, e o fundamento essencial a cada um deles, deixando de ser apenas um valor moral, para ser reconhecida como um valor tipicamente jurídico, um verdadeiro “supremo princípio jurídico”<sup>8</sup>.

A dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República, passou a ter previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio em seu art. 1º, III da CRFB/88<sup>9</sup>. Embora não possa ser considerada um direito em si, ela justifica todos os demais direitos esculpidos em nossa Constituição, dentre eles: à integridade física e psíquica, à honra, à privacidade, à vida e à liberdade.

É a dignidade um fundamento, que se mostra extremamente mutável, à medida em que de acordo com as mudanças sociais e o enfrentamento das mais variadas questões, é ela a responsável por corroborar importantes decisões do judiciário. Por seu conteúdo abstrato, muitas vezes é utilizada por ambos campos de discussão de uma mesma matéria, o que por vezes, esvazia a confiabilidade e materialidade de seu conteúdo.

Luiz Roberto Barroso<sup>10</sup>, identifica a dignidade da pessoa humana como um verdadeiro parâmetro de ponderação entre os direitos fundamentais, e não propriamente um direito fundamental em si. Tendo em vista a ausência de caráter absoluto – assim como o direito à vida – embora tenha expressa previsão legal, e ainda que possua precedência em grande parte dos conflitos de direitos e/ ou bens jurídicos, algumas vezes ela também poderá ser sacrificada em prol de outros valores sociais e individuais, tais como a liberdade e autonomia.

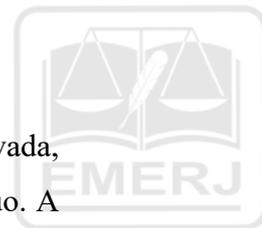
---

dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos. Declaração Universal dos direitos humanos. Disponível em: <<https://brasil.un.org>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

<sup>8</sup> Princípios são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como as regras, possuindo uma dimensão de peso ou importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto. V. DWORIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. 1978, p. 22-28.

<sup>9</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2020.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. 2010. 40 f. Dissertação (Doutorado em Direito Público) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p. 17-18.



Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana, no plano da autonomia privada, tem se manifestado na liberdade, igualdade e autodeterminação do próprio indivíduo. A sua previsão expressa no ordenamento não atribui um direito ao indivíduo, já que ela é uma qualidade inata a ele. No entanto, impõe aos poderes públicos e a terceiros, o dever de respeito, preservação, e promoção dos meios necessários à uma vida digna.

Sob a acepção da autonomia<sup>11</sup>, a dignidade é manifestada na liberdade do indivíduo determinar-se e realizar escolhas, desde que resguardados os direitos de terceiros, e sempre ponderando valores e bens jurídicos constitucionalmente reconhecidos. Quando estamos diante à discussão sobre a possibilidade de realização da eutanásia em pacientes terminais, cuja dor e sofrimentos se tornaram insuportáveis, estamos diante a bens jurídicos que – muito embora tutelados pelo Estado: direito à vida x liberdade – a prevalência de um, em detrimento do outro, só produzirá efeitos ao próprio indivíduo.

Ao reconhecer a importância da dignidade como autonomia privilegia-se os valores e anseios individuais do próprio indivíduo, ao passo que liberta e afasta das discussões religiosas e morais que são em sua grande maioria, os verdadeiros fundamentos da manutenção da proibição da eutanásia. Mas, é justamente em um Estado democrático de direito em que, não obstante o papel imprescindível do Estado, como um verdadeiro guardião da Constituição e dos direitos, a liberdade e autonomia devem ser observadas, sob pena de esvaziar-se o conteúdo de um direito – como é próprio direito à vida.

A dignidade como autonomia se reveste da capacidade que um indivíduo tem de determina-se segundo às suas escolhas, valores, afeições, crenças e experiências. Se manifesta no poder que cada um tem de fazer escolhas morais e assumi-las. Sempre motivada por um sujeito capaz de determina-se segundo os padrões comuns, traçando e realizando suas metas de vida. Por óbvio que nem todas as decisões podem ser tomadas de forma deliberada pelo indivíduo sem alguma manifestação do Estado. Há situações inclusive, as quais o Estado pode atuar em nome do direito e interesse de terceiros. Mas em outros, não o pode deliberar, à exemplo da religião, do casamento, da profissão, sob pena de usurpar a dignidade, vide autonomia, do próprio indivíduo.

---

<sup>11</sup> Luís Roberto Barroso e Leticia de Campos em seu artigo, “A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida”, abordam a dignidade humana sob duas acepções: autonomia e heteronomia. Ibid., p. 18-32.



O direito à vida não é um direito absoluto e tampouco indisponível. Quando a Constituição prevê de forma expressa que a vida é inviolável, ela o faz como instrumento de proteção contra terceiros e de sua manutenção pelo próprio Estado. No entanto, é a mesma Constituição que prevê a dignidade da pessoa humana como verdadeiro fundamento da República, de tal modo que, é necessário fazer uma interpretação sistemática sobre a condição dos pacientes terminais, portadores de doenças irreversíveis, cuja dor e sofrimento já são sufocantes. Ao privilegiar a dignidade, reconhecendo a escolha deliberada do indivíduo em não prolongar ainda mais o seu próprio sofrimento, o Estado não reconhece apenas o direito à uma morte digna, mas possibilita ao cidadão a manutenção de sua autonomia, liberdade e consciência, privilegiando outrossim a própria vida, àquela plena.

### 3. A EUTANÁSIA E O DIREITO À UMA MORTE DIGNA

A Constituição Federal nos trouxe um rol de direitos fundamentais, que nada mais são do que aqueles direitos essenciais ao ser humano. Segundo José Afonso da Silva, para se respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, “é necessário que esses direitos sejam prerrogativas que o direito positivo concretize.”<sup>12</sup>

A Carta Magna aborda os direitos fundamentais entres os artigos 5º e 17º, e por tamanha abrangência ficou conhecida como a Constituição Cidadã. No entanto, ela não é exaustiva, por isso fala-se em direitos explícitos, expressos no ordenamento constitucional, e implícitos, que dele decorrem.

Os direitos fundamentais são classificados em absolutos e relativos. Os absolutos são aqueles que embora não previstos na Constituição, são válidos, e por serem supraestatais, existem independente de leis para criá-los ou regulá-los, como a liberdade, a inviolabilidade do domicílio. Já os direitos fundamentais relativos, somente existem a partir de lei, como os direitos dos contratos e da propriedade.

Quando se adentra nas discussões acerca da possibilidade da eutanásia trata-se do direito fundamental à uma morte digna que, muito embora não esteja positivada de forma explícita, este já se encontra positivado no ordenamento jurídico pátrio. E assim, deve-se levar em conta a necessidade do labor hermenêutico e teleológico que os princípios e direitos fundamentais trouxeram ao contexto democrático.

---

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 53.



E nesse sentido, o direito à uma morte digna decorre dos princípios constitucionais, que como um verdadeiro sistema, determinam a exegese do conteúdo de cada bem jurídico tutelado e são eles: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, c/c art. 5º, III da CRFB/88); vedação à tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CRFB/88); liberdade e autonomia individual (art. 5º, III da CRFB/88); integridade física (art. 5º, III da CRFB/88); integridade psíquica (art. 5º, X da CRFB/88); integridade moral (art. 5º, X da CRFB/88); liberdade religiosa (art. 5º, VI da CRFB/88); direito fundamental à vida (art. 5º, caput da CRFB).

No que diz respeito ao direito à vida, embora ele esteja previsto de forma expressa na Constituição Federal, este não se encontra de forma absoluta. Deste modo, é necessário afastar a ideia de absolutização do direito fundamental à vida, quando, ao próprio Estado lhe é permitido relativizá-lo, nos casos de guerra declarada em que a Constituição em seu artigo 5º, XLVII, permite de forma expressa a pena de morte. Se a própria Constituição autoriza de forma expressa o Estado a matar, ainda que contra a vontade do titular, quais razões justificam o impedimento àquele que, em pleno gozo de suas faculdades mentais, deseja breviar sua morte para que se tenha paz, já que sua enfermidade incurável o impõe extrema dor e sofrimento?

Tanto a vida – e aqui afastado o conceito de absolutização – como o direito à uma morte digna, estão perfeitamente inseridos nesse contexto, em que o homem passa a ser o centro de toda a estrutura jurídica. É ele, e para ele, que devem se voltar os holofotes da humanização, da supervalorização dos direitos fundamentais, e sobretudo, da liberdade. É a liberdade o eixo de sustentação do fundamentos de todos os direitos fundamentais. Foi graças à ela – à liberdade – que grandes conquistas puderam ser alcançadas mundialmente. A liberdade é o instrumento de voz, de evolução da democracia, da igualdade, e essa deve ser observada de forma prioritária na vida do indivíduo, inclusive em seu leito de morte.

É certo que a liberdade sofre limitações, que se esbarram nos direitos de terceiros. Todavia, todas as vezes em que o exercício da liberdade, da autonomia e da autodeterminação tiver como único fim, apenas o próprio indivíduo, ela deve ser observada e respeitada.

E não de outro modo, é o que se verifica nos casos de pacientes portadores de doenças terminais e irreversíveis em que, não obstante o seu extremo sofrimento, conseguem manter a lucidez e a autodeterminação e manifestam a vontade de não mais dar continuidade à tratamentos desgastantes, dolorosos, angustiantes, mas que de forma



antinômica, ao invés de trazerem conforto, tranquilidade e paz, acabam por colocá-los em situações muitas vezes mais angustiantes e dolorosas do que a própria morte.

Permitir que pessoas em situações similares, optem pela escolha de uma morte digna, por mais dolorosa que possa ser – para quem está do outro lado – é um verdadeiro exercício de humanidade, de irmandade, de equidade, mas sobretudo de democracia. É permitir o direito, pelo direito. A morte pela vida, àquela plena.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa identificou a necessidade de se repensar e analisar juridicamente os conceitos de morte e vida, adequando-os às mudanças socioculturais, e afastando-os de valores religiosos e de dogmas pessoais, para que ao final, aproximando e reconhecendo os direitos já previstos em nossa Constituição, fosse possível responder à pergunta que fundamenta o título do presente artigo: “Morrer com dignidade ou estar condenado ao suspiro de uma vida indigna?”

Partiu-se da premissa que, embora um indivíduo possa estar animicamente e biomolecularmente vivo, em algumas situações, como no caso de pacientes portadores de doenças terminais e irreversíveis - cuja dor e sofrimento o impedem de exercer quaisquer atividades que lhe façam reconhecerem-se dignos - viver equivaleria à própria morte.

A dignidade da pessoa humana, na acepção da autonomia, foi trabalhada por todo o segundo capítulo. Com o intuito de corroborar o direito à prática da eutanásia, levou-se em conta os bens jurídicos tutelados no contexto eutanásico, e a importância desse princípio para o trabalho. A dignidade da pessoa humana enquanto autonomia, liberdade e autodeterminação, permitiu inclusive, o afastamento de discussões religiosas e dogmáticas no presente trabalho. E desta forma, foi possível reconhecer o direito à eutanásia como um direito já fundamentado e previsto ainda que de maneira implícita na Constituição. A conduta eutanásica necessitava tão somente de reconhecimento por parte dos operadores de direito.

No que diz respeito ao direito à vida ser um direito absoluto, indisponível, e inviolável, diante a utilização de interpretação sistemática, ficou demonstrado que a inviolabilidade da vida já foi relativizada pela própria Constituição Federal que permitiu de forma expressa, a pena de morte nos casos de guerra declarada, afastando assim, a sua ideia de absolutização.

O direito à vida, cujo fim compreende o próprio indivíduo, não pode jamais ser imposto. Do contrário, o direito se transmuda em dever. O dever é imposto pelas leis e normas. Estas não podem obrigar um indivíduo a viver, quando em verdade já não há mais vida plena. Constatou-se assim que a eutanásia não privilegia a morte, isso é contrassenso. É ela o maior instrumento de proteção à vida, àquela plena.

Ficou evidente dessa forma que, com o balanceamento entre os bens jurídicos tutelados e violados durante a eutanásia, aliado à interpretação sistemática de valores e princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, o direito à uma morte digna é um direito fundamentalmente resguardado, pois foi o próprio direito à vida, que permitiu que o indivíduo, no seu exercício maior de elevação da dignidade, pudesse determinar o momento de sua morte. Não como um fim, mas como um meio capaz de eternizar a dignidade que pouco lhe restou.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. 2010. 40 f. Dissertação (Doutorado em Direito Público) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204680>> Acesso em: 13 ago. 2020.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos jurídico-penais da Eutanásia. Coleção de Monografias, 18. *IBCCRIM*, São Paulo, 2001.

CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. 3. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SAMOS, Epicuro De. *Carta sobre a felicidade (a Meneceu)*. Tradução e apresentação: Álvaro Lorencini e Enzo Del Carratore. São Paulo: Unesp, 1973.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<https://brasil.un.org>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriousl*. Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: *Os Pensadores – Kant (II)*. Tradução: Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.



MONTAIGNE, Michel. *Ensaaios*. V.1 e 2. Col.: os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo jurídico. In SARLET, Ingo W. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PAGANINI, Juliano. *Nascituro*: da personalidade jurídica à reparação de danos. 2008. 98f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018

SAMOS, Epicuro De. *Carta sobre a felicidade (a Meneceu)*. Tradução e Apresentação Álvaro Lorencini e Enzo Del Carratore. São Paulo: Unesp, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA BUSCA PELA RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO E DESJUDICIALIZAÇÃO

Luiza Alves Gouvêa

Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Advogada. Pós-Graduada no Curso Pós-Graduação Lato Sensu Ordem Jurídica e Ministério Público no Instituto de Educação e Pesquisa do Ministério Público (FEMPERJ). Pós-Graduada no Curso de Especialização em Direito Público e Privado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

**Resumo** – atentos a uma forma mais eficiente de conter a judicialização excessiva que cresce dia após dia, o meio alternativo que se começou a estudar foi a integração do Direito com a Economia. A Análise Econômica do Direito é um movimento que ao estudar as normas, sistemas e agentes vinculados ao ordenamento jurídico, se atenta para a razoável aplicação dos princípios e métodos econômicos. Diante disso, o propósito do trabalho é abordar que os dados apontam que se o conflito for travado por meio de tentativa de conciliação pré-processual, haverá a contração das ações judiciais, e o resultado dessas soluções de conflito seriam muito mais eficazes.

**Palavras-chave** – Processo Civil. Análise econômica do Direito. Teoria dos Jogos. Equilíbrio de Nash. Conciliação pré-processual.

**Sumário** – Introdução. 1. Cultura do litígio e o assoberbamento no sistema Judiciário. 2. A análise econômica do direito sob o prisma da interação dos fundamentos do direito e economia na busca pela solução eficiente dos conflitos. 3. Teoria dos jogos, Equilíbrio de Nash e a conciliação pré-processual na tentativa de esvaziar o sistema Judiciário. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a evolução da análise econômica no Brasil no que tange ao alto custo para operacionalização do Poder Judiciário, que é cada vez mais acionado pelo jurisdicionado, o que leva ao seu assoberbamento.

Nessa linha, busca-se outras formas de transação dos conflitos como opção de pacificação social, no intuito de estimular a alocação eficiente de recursos estatais, melhor prestação do serviço jurisdicional e desestímulo ao demandismo desenfreado.

A pesquisa visa demonstrar que, por meio da conciliação, será possível alcançar uma solução mais eficiente das lides, promoção de maior satisfação das partes, redução do custo processual estatal e privado, assim como o fortalecimento da credibilidade no Poder Judiciário.



O artigo abordará sobre a evolução histórica da lide, e que, devido a forma desproporcional e injusta que eram aplicadas as soluções aos conflitos existentes, surgiu a necessidade de outras formas de pacificação.

Da mesma forma que ocorreu nas sociedades antigas, hoje, as formas de soluções de conflitos também precisam evoluir e se diversificar. Com aumento drástico na quantidade de propositura de ações, o Judiciário se vê assoberbado o que, por consequência, leva a má prestação de serviço ao jurisdicionado.

Em consonância com o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. A norma constitucional tem como finalidade garantir acesso à justiça por qualquer jurisdicionado.

No entanto, a procura desenfreada pela soluções dos conflitos pelo Judiciário chegou a índices espantosos. Diante da grande demanda e com o elevado custo para manutenção de uma estrutura dispendiosa em funcionamento é que se vê a necessidade de obtenção de formas alternativas de pacificação de conflitos como mecanismo de racionalização do sistema Judiciário.

Diante disso, o novo Código de Processo Civil de 2015 realçou a conciliação como método eficaz para a dirimir o número de litígios com destaque para satisfação das partes, bem como de celeridade e redução de custos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os danos estatísticos apresentados pelas pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, sobre o volume desenfreado de demandas que ingressam no sistema Judiciário e, a consequente ineficiência da prestação Jurisdicional. Outros dados também apontam a imprescindibilidade de uma nova cultura conciliatória pré-processual, com o objetivo de trazer maior sustentabilidade ao sistema judicial, para assim reduzir o volume de demandas e aumentar a estabilidade social.

Ato contínuo, no segundo capítulo, demonstra-se a importância da integração do Direito e a Economia na busca pela solução eficiente dos conflitos e o nascimento do instituto da Análise Econômica do Direito. Verifica-se, assim, a evolução das Escolas que se debruçaram e aperfeiçoaram o tema com o intuito de obter resultados justos, rápidos e equilibrados nas contendas existentes.

Já o terceiro capítulo trata do impacto que o novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe quanto à necessidade de se implementar audiências prévias de conciliação. O que se pretende neste capítulo, portanto, é tratar especificamente sobre o método da Teoria dos Jogos, desenvolvido pela Economia, e a possibilidade de aplicá-lo nesta fase, com o intuito unir as



partes na condução de ações estratégicas para facilitar o acordo e, ao final, mesmo para a parte vencida, o desfecho da disputa seja a melhor solução dentre as possibilidades jurídicas e econômicas apresentadas.

Será utilizado, portanto, o método hipotético-dedutivo, com ênfase na pesquisa de artigos científicos, doutrina e jurisprudência como forma de sustentáculo da tese abordada. Assim sendo, se tornará viável a identificação das falhas do sistema existente e um ensaio de como está se desenvolvendo as formas alternativas para a solução das lides atualmente, com o objetivo de evitar o colapso no futuro.

## 1. CULTURA DO LITÍGIO E O ASSOBERBAMENTO NO SISTEMA JUDICIÁRIO

De acordo com a pesquisa da Justiça em Números, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a Justiça Estadual Brasileira possui 17.136.250 milhões de novas demandas não-criminais ajuizadas no ano de 2018<sup>1</sup>, com um índice de conciliação de apenas 10%<sup>2</sup>, já na fase processual, e com uma redução de -0,47 p.p (pontos percentuais) em comparação ao ano anterior<sup>3</sup>. O número da carga de trabalho por magistrados é de 7.497 processos<sup>4</sup>, sendo esse número 2,0% superior ao apurado em 2017<sup>5</sup>.

A despesa total apurada na Justiça Estadual para o ano de 2018 foi de R\$ 53.543.972.889 bilhões reais, que engloba os dispêndios com Recursos Humanos e outras despesas correntes<sup>6</sup>. A força de trabalho no Poder Judiciário Estadual representa um total de 302.856 mil funcionários, sendo eles Magistrados, servidores e auxiliares<sup>7</sup>.

Verifica-se que, tanto o constituinte originário quanto o legislador demonstraram empenho em garantir aos indivíduos o direito de usufruir dos seus direitos e garantias fundamentais, pilar primordial do ordenamento jurídico. Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXV<sup>8</sup>, traz de forma expressa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>1</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf)> Acesso em: 12 mai. 2020, p. 36.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid., p. 38.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 12 mai. 2020.



Além da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1948 Assembleia-Geral das Nações Unidas (ONU) já havia aprovado a Declaração Universal dos Direitos do Homem, dispondo no artigo 8º que “Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”<sup>9</sup>.

Em que pese o preâmbulo constitucional trazer em seu campo ideológico o propósito de harmonia social com a solução pacífica das controvérsias e, o artigo 4º, inciso VII, do mesmo diploma dispor sobre a solução pacífica dos conflitos, não é esse o espírito que guia a sociedade atualmente.

Em virtude do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o corpo social se apoia na pressuposição de que todas as solução de controvérsias e litígios deverão ser submetidos à apreciação e julgamento do Poder Judiciário de forma integral e irrestrita.

Resultado. Avalanche de demandas. Diante desse cenário, o Poder Judiciário encontra dificuldade em promover a aplicação do direito e a pacificação social, tendo em vista que existe um grande estímulo e fomento para a desarmonia. Outra questão que auxilia para incitar os conflitos e ressentimentos é a sensação de impunidade de muitos, que insistem em descumprir contratos, acordos e deveres, prejudicando o bom funcionamento da sociedade, que depende muito do respeito e da obediência que se presta às autoridades públicas, seguindo as regras estatuídas pelas leis.

Diante disso, para salvaguardar os seus direitos, o cidadão depende cada vez mais do Poder Judiciário, legitimado hábil do domínio da decisão e solução de conflitos. Faz-se necessário, portanto, que este deposite verdadeiramente no sistema judicial a percepção de que será feita a adequada prestação jurisdicional.

No entanto, vem se perdendo ao longo dos anos, com morosidade e acúmulo de decisões equivocadas devido ao asoerbamento do sistema, a confiança de que a instituição necessita.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe para o ordenamento jurídico o espírito de cooperação, com o firme propósito de introduzir um sistema multiportas, no qual o direito processual brasileiro, além de inovar ao criar um incidente próprio para resolução de demandas repetitivas e, também, de endurecer as penas contra litigantes de má-fé.

Em seu artigo 6º, o Código de Processo Civil é cristalino ao determinar que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão

<sup>9</sup> ONU. *International Bill of Human Rights*. Disponível em: <[https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E)>. Acesso em: 12 mai. 2020.



de mérito justa e efetiva.”<sup>10</sup> Pretende-se, por esse motivo, que sejam disponibilizadas técnicas alternativas à resolução prévia dos conflitos.

O dispositivo contempla que, uma vez solucionados, certamente contribuirão para o enxugamento da máquina do Judiciário, o que não representa sua substituição, nem tampouco reduzir seu poder, mas oferecer formas aliadas de solução de demandas, em razão das constantes modificações sociais, que requerem mais que um único ente capaz de tutelar seus direitos.

Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em 2018 foi constatado que, se não houvesse ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 6 meses de trabalho para zerar o estoque<sup>11</sup>.

Esse indicador pode ser denominado como “Tempo de Giro do Acervo”. O tempo de giro do acervo na Justiça Estadual é de 2 anos e 10 meses, na Justiça Federal é de 2 anos e 4 meses, na Justiça do Trabalho é de 1 ano e 1 mês, na Justiça Militar Estadual é de 7 meses e nos Tribunais Superiores é de 11 meses<sup>12</sup>.

Constata-se, assim, a ineficiência na prestação do serviço judicial em decorrência da carga excessiva de processos, de modo que o número restrito de magistrados e toda a estrutura funcional do Poder Judiciário não são capazes de fazer frente ao acúmulo contínuo de novos litígios.

Com o apoio dos indicativos apresentados é que se tem a imprescindibilidade de uma nova cultura conciliatória pré-processual. Faz-se imperioso, portanto, o estudo e implementação de mecanismos capazes de gerar maior sustentabilidade ao sistema Judiciário com a redução de demandas e maior sensação de pacificação social.

Por conseguinte, é importante destacar que a reconciliação não só ajuda a evitar o processo, muitas vezes longo e cansativo, mas também aproxima as partes e melhora as relações.

Como bem descreve sobre o instituto da conciliação, Petrônio Calmon<sup>13</sup> explica que:

Se por um lado, denomina-se autocomposição judicial a solução do conflito praticada pelas próprias partes envolvidas quando há posterior homologação judicial, entende-se como conciliação a atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar a essas mesmas partes a chegarem a um acordo, adotando, porém, metodologia que

<sup>10</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm).> Acesso em: 12 mai. 2020.

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 1, p. 80.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 132.



permite a apresentação de proposição por parte do conciliador, preferindo-se, ainda, utilizar este vocábulo exclusivamente quando esta atividade é praticada diretamente pelo juiz ou por pessoa que faça parte da estrutura judiciária especificamente destinada a este fim.

Acrescenta o mesmo autor, mais adiante, que:

Conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção de autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte, é fiscalizada ou é orientada pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes.<sup>14</sup>

Deste modo, tem-se o nascimento da Análise Econômica do Direito com aplicação das categorias e instrumentos teóricos da microeconômica neoclássica, entendidas como Teoria dos Jogos ou jogos de soma não zero e Equilíbrio de Nash. Reconheceu-se a relevância das práticas auto compositivas, oriundas da economia, para a pacificação social.

## 2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO SOB O PRISMA DA INTERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO E ECONOMIA NA BUSCA PELA SOLUÇÃO EFICIENTE DOS CONFLITOS

A importância do Direito nas sociedades é evidente. No entanto, agora, sua importância não se restringe apenas na solução de litígios processuais. O que se pretende na atual sociedade moderna é que esses litígios sejam solucionados de forma inteligente e eficaz.

Com a enxurrada de demandas judicializadas, a engrenagem do Judiciário se tornou inchada e ineficiente. Como é de sabença, o Estado, sozinho, não consegue manter todas as suas atribuições a serviço da sociedade de forma plena e irretocável, muito menos no que diz respeito ao subsídio da atuação de um Judiciário abarrotado e sem controle do seu fluxo de entrada de demandas dispendiosas.

Atentos a uma forma mais eficiente de conter a judicialização excessiva que vem crescendo dia após dia, o meio alternativo que se começou a estudar foi a integração do Direito com a Economia, mas não só com a intenção de reprimir demandas, como também de investir em novas formas de interpretações, decisões judiciais e soluções legislativas.

O que na realidade se pretende com o estudo específico da economia integrada ao direito é saber dimensionar as novas perspectivas que poderão ser alcançadas e impactos como esta disciplina poderá auxiliar na condução de novas soluções de conflitos.

---

<sup>14</sup> Ibid., p. 134.



Nessa esteira, devido à grande e improtelável necessidade de mudanças no âmbito da elucidação de contendas, nos Estados Unidos se iniciou um movimento específico acerca da integração do Direito e Economia que veio a se chamar de Análise Econômica do Direito.

A partir do artigo *The Problem of Social Costs*<sup>15</sup> publicado pelo economista Ronald Harry Coase, aproximadamente na década de 1960, surgiu, então, a ciência da Análise Econômica do Direito, também conhecida pela sigla (AED). Seu trabalho abordou sobre o tema dos “custos da transação” com o enfoque na alocação eficiente dos recursos como forma de desafogar a estrutura e demandas do Judiciário.

O resultado do seu artigo se identifica como “Teorema de Coase”, que se concentrara especificamente no custo social como um problema que exige a unificação de critérios jurídicos e econômicos. Um dos grandes méritos da obra de Coase foi tentar interpretar a realidade humana, não exclusivamente numa perspectiva econômica, até porque o Direito se consubstancia exatamente na aplicação da norma ao caso concreto.

No ano seguinte, em 1961, Guido Calabresi, Professor italiano da Universidade de Yale, publicou a respeito do tema no artigo intitulado *Some Thoughts on Risk Distribution*<sup>16</sup>. Para o professor, não se deve explicar o direito em si, mas deve explicar como o direito deve ser, com o objetivo de reconstruir o sistema jurídico a partir das questões econômicas, sendo sua doutrina considerada a origem de um dos ramos da análise econômica.<sup>17</sup>

Calabresi acredita que a análise econômica é um dos métodos de estudo do direito, mas não é o único método. Ele dispõe, inclusive, a necessidade de se introduzir em considerações de distribuição para a análise de eficiência pura, mas este não é o único valor social que merece atenção e deve ser mitigado quando outros valores são apontados como mais importantes.

Nessa mesma diretriz de pensamento se inicia a segunda era da estudo da Análise econômica do Direito a partir da obra *The Economic Analysis of Law*<sup>18</sup>, publicada pelo Professor de Direito da Universidade de Chicago, Richard Posner, em 1973, momento em que ocorreu a transição da teoria que passou a abranger o fenômeno de uma forma *lato sensu* e consolidou o arcabouço teórico da nova disciplina.

---

<sup>15</sup> COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law and Economics. V. 3. Charlottesville: University Of Virginia School of Law, 1960.

<sup>16</sup> CALABRESI, Guido. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. 70 Yale Law Journal. 499, 1961.

<sup>17</sup> AGUIAR, Bernardo Augusto Teixeira. *Análise Econômica do Direito: Aspectos gerais*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-110/a-analise-economica-do-direito-aspectos-gerais>>. Acesso em: 01 set. 2020.

<sup>18</sup> POSNER, Richard A. *The economic analysis of law*. Little, Brown and Company, Boston, 1973.



Posner realizou a unidade de procedimentos metodológicos e o objeto comum de pesquisa de vários estudos esparsos de direito e economia. Aduz ainda, que, em particular, a economia pode colaborar formulando modelos comportamentais que contribuam para a previsibilidade e controle do comportamento humano.

Verifica-se, assim, que a Análise Econômica do Direito é um movimento, que, ao estudar as normas, sistemas e agentes vinculados ao ordenamento jurídico, atenta-se para a razoável aplicação dos princípios e métodos econômicos.

Assim, pelo fato de estar em constante processo de evolução, a disciplina desencadeou um processo de formação de Escolas de pensamento diversas, mas apesar de diferentes interpretações, todos fazem parte do mesmo movimento. A comunicação entre direito e economia difere dependendo da corrente teórica da Análise Econômica do Direito, mas pode-se concluir que todas estão relacionadas à alocação eficiente de recursos.

A pioneira e mais conhecida é a Escola de Chicago, berço, inclusive, de trabalhos como o de Richard Posner, Friedrich Hayek e Milton Friedman. É apresentada como uma teoria normativa, baseada no propósito de uma escolha de eficiência econômica que raramente é entendida.

De acordo com os métodos fornecidos pela economia neoclássica, a Escola de Chicago se propõe a descrever fenômenos jurídicos relacionados a normas, decisões judiciais, relações jurídicas e muitos outros aspectos. No entanto, desde o seu estabelecimento, a Escola reconheceu que a capacidade da ciência econômica de avaliar situações no âmbito jurídico é limitado.

No Brasil, a disciplina ainda não alçou voos muito altos, mas, indubitavelmente, já se faz presente em nossa doutrina, jurisprudência e no próprio CPC/15, com a busca pela solução de conflitos pautada pelo princípio da cooperação, boa-fé e a razoável duração do processo com o propósito nítido de maior eficiência e menos custos.

E nessa mesma esteira, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a importância da lógica de análise econômica da lei no REsp nº 1163283/RS<sup>19</sup>, acórdão do ministro Luis Felipe Salomão. No julgamento ficou evidente a busca pela eficácia, rapidez e integridade, perseguidas pelos modernos processos contenciosos cíveis e entende que qualquer litígio, incluindo o contencioso de natureza econômica, constituirá um terreno fecundo para a análise econômica do Direito.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1163283/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902066576&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 14 set. 2020.



Em suma, para obter resultados justos, rápidos e equilibrados, a AED visa aplicar regras econômicas com regras e fundamentos jurídicos, incluindo o princípio da dignidade humana, com o escopo de impedir, até mesmo, que as discordâncias cheguem ao Judiciário.

### 3. TEORIA DOS JOGOS, EQUILÍBRIO DE NASH E A CONCILIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL NA TENTATIVA DE Esvaziar o Sistema Judiciário

É importante sublinhar o impacto que o novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe e, inclusive, impôs o elogiável compromisso de realização de audiência prévia de conciliação e mediação antes mesmo da apresentação da resposta do réu. Com base nos dados do Conselho Nacional de Justiça em 2020<sup>20</sup>, nos últimos três anos, o número de sentenças de homologação de acordos teve um acréscimo de 5,6%, passando de 3.680.138 em 2016 para 3.887.226 em 2019.

Em comparação com o ano anterior, o número de acordos oriundos da conciliação e mediação teve uma progressão de 228.782 de acordos, ou seja, 6,3%, o que é extraordinário em relação aos dados anteriores, mas ainda é um resultado tímido, próximo do que se deseja.

Desde agosto de 2006 a conciliação é uma postura patrocinada pelo CNJ, com a implantação do “Movimento pela Conciliação”. O índice de conciliação é expresso como um percentual dos julgamentos e decisões resolvidos por meio da homologação do acordo em relação à soma das sentenças e decisões finais que não foram submetidas ao meio de autocomposição.

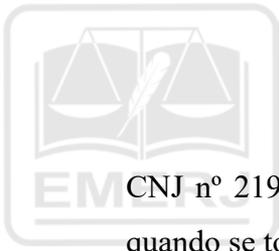
Atualmente, O conselho Nacional de Justiça promove a “Semana Nacional de Conciliação”, ação pela qual os tribunais são motivados a reunir as partes litigantes e facilitar o acordo antes das fases processual e a fase de contencioso. Por meio da Resolução CNJ nº 125/2010<sup>21</sup>, foram instituídos o Centro Judiciário de Resolução de Conflitos Judiciais e Direitos Cíveis (CEJUSC) e o Centro Permanente de Resolução de Conflitos de Consenso (NUPEMEC) para consolidação e organização da mediação das unidades para o tratamento dos casos.

Importantes avanços ocorreram com o fortalecimento do programa “Resolve”, que visa a realização de projetos e de ações que incentivem a autocomposição de litígios e a pacificação social por meio da conciliação e da mediação. Além disso, pela edição da Resolução

---

<sup>20</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>21</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução CNJ nº 125/2010*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160204202007225f1862fcc81a3.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.



CNJ nº 219/2016<sup>22</sup>, houve a classificação dos CEJUSCs no conceito de unidade judiciária, quando se tornou obrigatório o cálculo da capacidade norteadora de cada unidade.

Foi com essa postura conciliatória, desde a entrada em vigor de um novo Código de Processo Civil, que se trouxe para o foco da solução das demandas, inclusive quanto às partes, uma atuação mais cooperativa, de boa-fé e equilibrada das contendas. Despertou-se, assim, para o interesse na análise da possibilidade de se aplicar novas diretrizes à forma de pacificação social.

A integração da Economia e Direito foram cruciais para isso. A Análise Econômica do Direito transportou para a conciliação o método da Teoria dos Jogos à resolução dos conflitos, sob o fundamento de conjugar o comportamento estratégico das partes na condução de suas próprias demandas, para que, ao final, o resultado das lides, seja, ainda que para o agente perdedor, o melhor resultado possível, dentro do cenário de condições jurídicas e econômicas proposta.

A Teoria dos Jogos é um fundamento matemático que compreende os aspectos incluídos em procedimentos de solução de questões com o objetivo de prever as possíveis consequências de uma escolha, e tem como objeto de análise situações em que o resultado da ação de indivíduos depende substancialmente das ações dos outros envolvidos.

Verifica-se, nesse mesmo sentido, o texto do site Hiperultura sobre o tema e que serve como forma de ilustração da sistemática e caracterização de como subsiste a teoria:

Num jogo de xadrez, há sempre dois jogadores tomando decisões. Cada decisão tomada por um dos jogadores afeta diretamente o outro jogador. Como cada jogador busca derrubar o rei do adversário, temos aí um problema ou uma situação de conflito.<sup>23</sup>

A teoria dos jogos utiliza essa designação porque lida com ambientes concretos de antagonismo em que se encontram integrantes, ferramentas, valores e regras, onde o objetivo da ideia matemática, representa que as mais distintas circunstâncias da vida podem ser convertidas em números para que as prognoses sejam feitas com um certo grau de acerto, sendo esta, portanto, a melhor tática para elucidação dos conflitos.

Assim, aproximadamente, em 1928 surgiu o Teorema de Minimax criado pelo matemático John Von Neumann, que consistia no estudo de estratégias em que se

<sup>22</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução CNJ nº 219/2016*. Disponível em: <[https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_comp\\_219\\_26042016\\_05062019132733.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_219_26042016_05062019132733.pdf)> Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>23</sup> HIPERCULTURA. *Teoria dos jogos*: entenda o que é com exemplos do cotidiano. Disponível em: <<https://www.hiperultura.com/teoria-dos-jogos/#:~:text=Num%20jogo%20de%20xadrez%20C%20h%C3%A1,ou%20uma%20situa%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflito.>> Acesso em: 14 set. 2020.

minimizaria as perdas e, conseqüentemente, os ganhos seriam maximizados. Apesar disso, com base no teorema, não existia outro jogador, ou seja, as conseqüências das decisões dependem de fatores desconhecidos, o que não representava efetividade em solução de conflitos.

Embora a teoria acima seja muito importante, a proposição principal sobre a teoria dos jogos surgiu no início dos anos 1950. Essa estratégia é chamada de Equilíbrio de Nash, criada pelo famoso matemático de Princeton, John Nash. Ele despertou diferentes perspectivas em relação a teoria dos jogos com o conceito de equilíbrio, e até rompeu o padrão econômico constituído por Adam Smith assentado especificamente na competição. Para Adam Smith, se todas as pessoas litigarem por uma parte mais favorável de si, o adversário mais competente, ganhará uma parcela maior.

John Nash despertou para um ambiente cooperativo na teoria dos jogos. Propôs a ideia de que não é totalmente contraditório com a ideia de ganho pessoal, porque o entendimento das pessoas é o de que seria possível, através da cooperação com os oponentes, maximizar os ganhos pessoais. Por essa razão, então, os jogadores devem se considerar tanto quanto indivíduos autônomos, quanto coletivos na formulação de estratégias.

O equilíbrio proposto por Nash é baseado em estratégias em que cada litigante é a melhor resposta ao seu oponente e para si mesmo. Ou seja, esse equilíbrio seria a solução para estabilização dos resultados a fim de equilibrá-los.

O propósito de maior destaque para essa teoria é de que, em sendo feita uma ponderação após o jogo, os jogadores não se arrependam das suas escolhas, pois as mesmas foram levando em consideração ao que o outro jogador também praticou. A grande questão é ponderar a satisfação pessoal de um jogador com a satisfação pessoal do outro jogador ou do grupo. Tudo é uma questão de bom senso e moderação. Não se pretende aqui fomentar a cultura do litígio, muito menos um cabo de guerra.

Assim, o que se pretende é unir esse equilíbrio trazido pela Teoria dos Jogos e inseri-lo junto à conciliação já praticada pelos tribunais, mas que essa etapa seja anterior ao ajuizamento de demandas. O melhor dos cenários seria essa forma de pacificação social, em que os indivíduos pudessem resolver suas questões controversas em um ambiente propício ao acordo.

O que se busca é a satisfação pessoal dos litigante em saberem que fizeram o seu melhor, pois nem sempre quem sai vencedor em uma disputa, pode ser o real vencedor. É preciso, portanto, que tanto os tribunais quanto, até mesmo os advogados, promovam as conciliações pré-processuais com o fim de soluções mais céleres e eficazes, seja para o Judiciário, seja para os litigantes. Todos saem ganhando.



Uma vez que o Judiciário estava superlotado, muitas soluções foram propostas para reduzir o excesso de litígios. Isso porque a judicialização exagerada acaba por prejudicar os direitos dos jurisdicionados que não costumam recorrer à justiça com habitualidade, e que representam a maioria da população que estão excluídos do acesso à justiça.

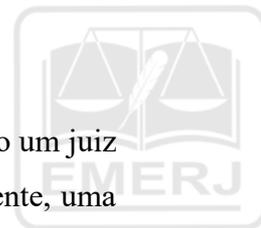
O Código de Processo Civil de 1973 finalmente trouxe mudanças nos últimos anos, o objetivo é modificar as áreas processuais do Brasil para desenvolver mais sistemas extrajudiciais. Os principais exemplos são o divórcio e a compensação extrajudicial e a restauração extrajudicial de sociedades comerciais. Nesse mesmo diapasão, o Código de Processo Civil de 2015 nos brindou com vários outros institutos no sentido da boa-fé processual e cooperação.

A vantagem desse tipo de procedimento é que ele pode eliminar alguns problemas mais simples, por exemplo, pode ser resolvido no Cartório do próprio Judiciário. Portanto, com base na análise da natureza e características do conflito, o sistema multiportas adotado pelo novo Código de Processo Civil terá a vantagem de incentivar outros métodos de resolução de conflitos.

Assim sendo, de acordo com as exigências das partes envolvidas, os procedimentos judiciais serão evitados, e terá prioridade outro procedimento que melhor se adapte às características do caso, como a mediação, o acordo, a arbitragem e a justiça restaurativa. Antes de entrar com uma ação judicial, os que buscam direitos devem buscar uma solução para o conflito por meio da mediação pré-processual obrigatória.

Com base nas pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e apresentados neste artigo acadêmico, podemos perceber que existe um percentual de sucesso quantos às formas alternativa. Os dados mostram que se o conflito for travado por meio de tentativa de mediação, conciliação e arbitragem, poderá não haver mais da metade das ações judiciais, e o resultado dessas soluções seria muito mais eficaz.

O presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli, chegou a defender a mediação para superar a cultura do contencioso no Seminário de Aproximação Institucional impulsionado pelo CNJ e a OAB para expandir no país a equipe de mediadores para lhes permite reduzir o número de conflitos enfrentados pelo Judiciário.



Diante disso, um efeito inevitável de qualquer sentença judicial é que quando um juiz dá uma sentença, encerra o conflito entre duas partes, mas, no entanto, necessariamente, uma das duas partes não fica satisfeita com a decisão.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Bernardo Augusto Teixeira. *Análise Econômica do Direito: Aspectos gerais*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-110/a-analise-economica-do-direito-aspectos-gerais>> Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 12 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 12 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros\\_20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros_20190919.pdf)> Acesso em: 12 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução CNJ nº 125/2010*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160204202007225f1862fcc81a3.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

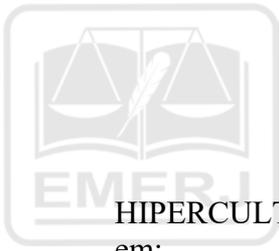
\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução CNJ nº 219/2016*. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_comp\\_219\\_26042016\\_05062019132733.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_219_26042016_05062019132733.pdf). Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1163283/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902066576&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 14 set. 2020.

CALABRESI, Guido. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. 70 Yale Law Journal. 499, 1961.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law and Economics. V. 3. Charlottesville: University Of Virginia School of Law, 1960.



HIPERCULTURA. *Teoria dos jogos*: entenda o que é com exemplos do cotidiano. Disponível em: <<https://www.hipercultura.com/teoria-dos-jogos/#:~:text=Num%20jogo%20de%20xadrez%2C%20h%C3%A1,ou%20uma%20situa%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflito.>> Acesso em: 14 set. 2020.

ONU. *International Bill of Human Rights*. Disponível em: <[https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E.](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E.)> Acesso em: 12 mai. 2020.

POSNER, Richard A. *The economic analysis of law*. Little, Brown and Company, Boston, 1973.

## VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: A NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO NACIONAL ESPECÍFICA QUE DELIMITE SUAS HIPÓTESES

Madian Nadieli Simonetti Leal

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – o avanço da ciência e da medicina retirou o parto de dentro das casas e o levou para os hospitais. Isso transformou o nascimento - processo natural e biológico - num ato médico, repleto de intervenções e interações medicamentosas. Nesse contexto, começam a surgir inúmeros relatos de violência por parte das equipes de saúde em relação às gestantes e seus bebês. O âmago do presente trabalho é abordar os aspectos constitucionais e jurídicos que cercam o tema, bem como a necessidade de que o legislador e a sociedade, como um todo, busquem soluções adequadas para um nascer com dignidade.

**Palavras-chave** – Direito de Constitucional. Direito da Criança e do Adolescente. Saúde da Mulher. Violência de Gênero.

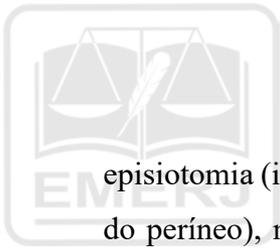
**Sumário** – Introdução. 1. A dificuldade em se definir o que é violência obstétrica e como a prática recorrente viola os direitos fundamentais da mulher e da criança. 2. Autonomia da gestante e o dever de informação da equipe de saúde em relação a paciente como forma de garantir um nascimento digno. 3. Plano de parto e a legislação como formas de coibir a prática da violência obstétrica. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico aborda a necessidade de legislação nacional específica que reconheça a existência da violência contra gestantes, parturientes e puérperas, conceitue e delimite minimamente as hipóteses em que ocorre, regulamente a autonomia da gestante, bem como as formas de coibir a prática.

Gerar um ser humano e colocá-lo no mundo está entre umas das mais nobres habilidades conferidas exclusivamente às mulheres. Contudo, a gestação, parto e puerpério podem facilmente se tornar um pesadelo quando estas mulheres são submetidas à constrangimentos, procedimentos médicos desnecessários, xingamentos, ridicularização, violência física e psicológica entre outras hipóteses, anulando totalmente a sua autonomia e violando a integridade e dignidade da mãe e do bebê.

Dessa forma, com o advento da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da 1ª Infância, bem como com o empoderamento feminino, práticas que eram comuns como o



episiotomia (incisão efetuada na região do períneo), ponto do marido (reconstituição exagerada do períneo), manobra de Kristeller (utilizada para virar o bebê no momento do parto), entre outras passaram a ser consideradas abusivas pois violam a integridade e dignidade da mulher, embora ainda sejam praticadas no Brasil.

Portanto, considerando que os dispositivos legais que tratam do assunto estão espalhados em algumas legislações estaduais, é necessária a especificação do tema, que é tão relevante, por meio de legislação nacional que aponte políticas públicas e sanções para coibir a prática da violência.

Considerando a ocorrência reiterada de casos de violência obstétrica no Brasil, a pesquisa aborda a necessidade de legislação nacional em que se discuta as situações que a caracterizam, devolva a autonomia da mulher, por meio do plano de parto, de forma que, não prejudique o trabalho da equipe de saúde que a acompanha, nem coloque em risco a integridade física, psicológica e emocional da mãe e do bebê, afim de lhes garantir o atributo da dignidade da pessoa humana, que é uma garantia constitucional.

Quando se discute a respeito da violência obstétrica surgem questões sobre o perigo da demonização dos profissionais da saúde da área, mas também sobre a necessidade de se conferir autonomia à gestante, a fim que seja garantida dignidade da pessoa humana, bem como a integridade física e emocional de mãe e filho.

Objetiva-se discutir os direitos da mulher e do bebê durante a gestação, parto e puerpério, os deveres dos profissionais de saúde que atuam na área, bem como a necessidade de se conciliar a atuação da equipe de saúde com a autonomia da mulher, de forma que garanta o seu melhor interesse e do bebê. Constata-se a inexistência de uma legislação nacional que discorra a respeito do tema, delimitando as hipóteses de ocorrência, impondo sanções e pacificando o conflito entre os grupos que defendem a total autonomia da mulher e da comunidade médica que entende ser fundamental a sua participação no processo para garantia da saúde dos envolvidos.

O primeiro capítulo, tem como objetivo demonstrar que as hipóteses listadas como violência obstétrica violam não apenas a integridade física e emocional mulher, mas também do bebê que tem tolhido vários dos seus direitos garantidos no Estatuto da 1ª Infância, bem como na Constituição Federal.

O segundo capítulo, traz uma análise sobre os limites da autonomia que pode ser conferida à mulher na escolha dos procedimentos médicos a que será submetida, diminuindo a intervenção dos profissionais da saúde, de modo que as suas escolhas não a coloquem em risco, nem ao bebê.



Por fim, no terceiro capítulo resta confirmada a necessidade de um sistema normativo que disponha sobre a prevenção da violência obstétrica, bem como sobre as formas de punição para a prática, levando em consideração os anteprojetos de lei sobre o tema já em trâmite no Congresso Nacional.

O trabalho científico foi desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que a pesquisa foi realizada por meio da análise de hipóteses que serão discutidas com base nos inúmeros relatos de violência obstétrica ocorridos nos últimos anos no Brasil.

O objeto da pesquisa jurídica e sociológica é qualitativo, tendo por base a análise da legislação, doutrina e jurisprudência, bem como de dados colhidos de diversos estudos já realizados sobre o tema nas mais diversas áreas.

## 1. A DIFICULDADE EM SE DEFINIR O QUE É VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E COMO A PRÁTICA RECORRENTE VIOLA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER E DA CRIANÇA

Conceituar “violência obstétrica” não é uma tarefa fácil. Por muitos anos, inúmeros procedimentos médicos, que atualmente causam espanto e repulsa, eram considerados normais e até necessários quando se tratava de trazer uma pessoa ao mundo.

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, a valorização da vida, da saúde e da dignidade da pessoa ganharam um importante destaque, mudando radicalmente inúmeros conceitos do que deve ser garantido ou minimamente observado quando se trata dos direitos de um ser humano.

É nesse contexto que as discussões sobre o que é violência obstétrica ganham contornos, pois o art. 6º da Constituição Federal de 1988 elenca entre os direitos sociais a serem tutelados a maternidade e a infância<sup>1</sup>.

Contudo, ampliar a discussão sobre o tema não foi suficiente para delimitar um rol taxativo do que seria violência obstétrica, pois o conceito está permeado de pessoalidade. Isso porque, o que para uma mulher é uma violação ao seu corpo, ao seu ideal de parto ou à sua integridade, para outra pode ser um alívio ou um auxílio num momento tão especial, mas repleto de possíveis longas horas de dores alucinantes.

---

<sup>1</sup>Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26 set. 2020.



Incontáveis são as tentativas no meio acadêmico para se definir e conceituar violência obstétrica. Para Aguiar<sup>2</sup>, violência obstétrica é “tratamento desumano, maus-tratos verbais, psicológicos e físicos; o excesso de intervenções e o uso desnecessário destas para aceleração do processo de nascimento; tratamento indigno e não consentido, discriminação de gênero no contexto hospitalar”.

Não há dúvidas de que maus-tratos, tratamentos indignos e discriminação devem ser considerados violência, mesmo que não carreguem consigo o complemento “obstétrica”.

Contudo, a violência obstétrica não está relacionada apenas com situações fáceis de serem observadas como as agressões físicas e verbais ou tratamentos indignos, ela também pode ser institucionalizada, quando está relacionada aos procedimentos médicos de necessidade e eficácia duvidosa e que podem até colocar a vida da mulher e do bebê em risco, como a manobra de Kristeller, a episiotomia, os toques vaginais repetitivos ou ainda o impedimento da presença do acompanhante na hora do parto, garantido no Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>3</sup>.

Além disso, a falha ou deficiência na prestação do atendimento médico hospitalar também podem caracterizar violência, a exemplo da falta de leito, da demora no atendimento, da negligência, imprudência ou imperícia, ou ainda da inadequação do ambiente hospitalar que não possui instalações minimamente aptas para realizar um parto.

Oportuno ressaltar, que pouco se relaciona a violência obstétrica cometida contra a mulher com a violência obstétrica cometida contra o bebê, que também sofre os reflexos de todas as violações abordadas acima, seja fisicamente, seja emocionalmente. Nesse sentido, Luiz e Gico<sup>4</sup>, quando conceituam violência obstétrica o fazem não apenas do ponto de vista da mulher, mas também do bebê que está chegando ao mundo sendo:

[...] definida a partir de D'Gregório (2010) como qualquer ato – ou intervenção – direcionado à mulher grávida, parturiente ou puérpera (que deu à luz recentemente), ou ao seu bebê, praticado sem o consentimento explícito e informado da mulher e/ou em desrespeito à sua autonomia, integridade física, moral e emocional, incluindo abuso verbal e realização de procedimentos dolorosos, exposição física, contenção e impedimento de ser acompanhada [...].

<sup>2</sup>AGUIAR apud CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros. *Violência obstétrica em debate: diálogos interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 106.

<sup>3</sup>Art. 8º, § 6º. A gestante e a parturiente têm direito a 1 (um) acompanhante de sua preferência durante o período do pré-natal, do trabalho de parto e do pós-parto imediato. BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>4</sup>LUIZ; GICO apud CASTRO, op. cit., p. 108.



A abordagem sobre a violação aos direitos fundamentais da mãe e do bebê que sofrem violência obstétrica é relevante, pois os reflexos dos danos causados tanto à mulher, quanto ao recém-nascido, poderão ser sentidos durante toda as suas vidas.

O nascimento sempre é um acontecimento carregado de sentimentos intensos e de lembranças que acompanharão a mulher e o bebê por toda a vida, razão pela qual, “a psiquiatra e analista junguiana Eleonor Luzes qualifica o nascer em plenitude como o primeiro direito do ser humano”<sup>5</sup>. Quando uma mulher e o seu filho passam por uma situação de violência no momento do parto, esse direito de nascer em plenitude é violado. Logo, esse indivíduo que acaba de chegar ao mundo, já nasce com a sua dignidade e, por inúmeras vezes, com a sua integridade física e psíquica frontalmente desrespeitadas.

Essas intervenções e violações podem trazer ao bebê consequências que poderão ser sentidas ao longo de toda a sua vida. O uso de hormônio sintético (ocitocina) para acelerar o parto, bem como a utilização de anestesia para diminuir a dor da parturiente são questionados por meio de estudos científicos que o relacionam ao aumento dos casos de autismo, bem como ao desenvolvimento cerebral inadequado de uma criança<sup>6</sup>.

Intervir artificialmente na fisiologia do bebê durante o trabalho de parto comporta sérios riscos que a ciência mal começou a pesquisar e compreender. Porém, já existem estudos sobre a correlação entre o forte aumento de casos de autismo no período que vai dos anos 80 até 2016, e o significativo aumento - durante esse mesmo período - do uso da ocitocina sintética para induzir ou acelerar o trabalho de parto<sup>7</sup>.

Existem estudos, ainda, que relacionam os traumas sofridos no momento do parto e do pós-parto com os comportamentos violentos ou depressivos e hábitos de vida negativos que um indivíduo irá ter na vida adulta. Sendo assim, é fundamental a conscientização e o debate a respeito do tema, além de ser urgente a necessidade de implementação de políticas públicas que viabilizem a democratização do conhecimento sobre as fases da gestação, do parto e do puerpério<sup>8</sup>:

[...] é imperativo que nossa cultura saiba melhor valorar o bem-estar das mulheres durante o ciclo gravídico-puerperal, porque toda violência contra elas é também violência contra os seus bebês. A ansiedade, a tristeza e os sentimentos de menos valia, que uma grávida, parturiente ou puerpera sofre intensamente, prejudicam a formação hígida da neurofisiologia do seu bebê [...].

---

<sup>5</sup>Ibid., p. 277.

<sup>6</sup>Ibid., p. 279.

<sup>7</sup>Ibid.

<sup>8</sup>Ibid., p. 282.



Embora os cientistas afirmem que pouco sabem sobre o que ocorre nos corpos e mentes de mulheres e bebês durante a gestação, parto e puerpério, o que se conhece é suficiente para confirmar a necessidade de valorização deste processo. Definir taxativamente as hipóteses de violência obstétrica não solucionará o problema, mas sim a democratização do conhecimento que já se tem a respeito do assunto. O conhecimento garantirá aos genitores a possibilidade de definirem quais procedimentos querem adotar durante o parto e o que, para eles, extrapola os cuidados médicos e viola seus direitos individuais.

A diminuição considerável dos casos de violência obstétrica viabilizará que o nascer seja valorizado e respeitado de modo que, tanto para a mulher, quanto para o bebê, o momento possa ser vivido com dignidade e de forma menos dolorosa possível. Se os direitos básicos de um ser humano já são violados no seu nascimento, o que esperar do restante de suas vidas.

## 2. AUTONOMIA DA GESTANTE E O DEVER DE INFORMAÇÃO DA EQUIPE DE SAÚDE EM RELAÇÃO A PACIENTE COMO FORMA DE GARANTIR UM NASCIMENTO DIGNO

Gerar e dar à luz são atributos que empoderam. Ocorre que, até o início dos anos 70 o parto acontecia predominantemente em casa, com o auxílio de parteiras e familiares, sendo considerado um ato fisiológico e natural. Porém, com os avanços da medicina, passou por uma revolução, tornando-se um ato médico.

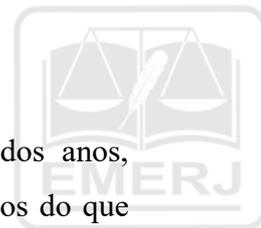
A medida em que a ciência avançava em suas descobertas e a medicina evoluía, muitas situações da vida cotidiana, que eram resolvidas com soluções caseiras e baseadas nas tradições e costumes, foram transferidas para os hospitais, como por exemplo, o parto<sup>9</sup>:

[...] o desenvolvimento de drogas que tiravam a dor, de técnicas que modificavam a forma na qual a cesariana era feita, organização de transfusão de sangue, antibióticos acabaram tornando a cesariana um procedimento cada vez mais confiável. A partir da década de 70, o parto passou a ser feito como regra no hospital, com a paciente monitorada, infusão de ocitocina para o auxílio das contrações, o que o tornou mais seguro [...].

Essas inúmeras intervenções foram vistas com bons olhos e muito bem aceitas pela sociedade de um modo geral. A possibilidade de se ter um parto sem dor e em tempo hábil fascinou não apenas os profissionais da saúde, mas as próprias gestantes que temiam o parto e não queriam mais passar por horas de dores e desconfortos físicos para terem os filhos nos braços.

---

<sup>9</sup>Ibid., p. 132.



Porém, estudos científicos continuaram sendo feitos e, com o passar dos anos, verificou-se que inúmeras intervenções no momento do parto traziam mais prejuízos do que vantagens, tanto para a mulher quanto para o bebê.

O problema é que as interferências médicas se tornaram tão comuns que se criou no imaginário popular a ideia de que essa é a melhor opção, justamente por ser mais rápida, indolor e por ser realizada num centro cirúrgico e/ou ambiente hospitalar, com o atendimento de uma equipe de saúde<sup>10</sup>:

[...] a hospitalização do parto enfraqueceu aos poucos o protagonismo da gestante, transferindo para o médico as principais escolhas atinentes procedimento, sob o dogma do risco e da patologização. A mulher, sob essa ótica, passou a ser considerada fragilizada e incapacitada de vivenciar o momento do parto sem a intervenção médica [...].

O enfraquecimento do protagonismo da mãe e do bebê é sustentado pela falta de informação ou por mitos que foram criados de que o parto natural, livre de intervenções ou realizado fora dos centros médicos é ultrapassado, não refletindo o grau evolutivo da sociedade contemporânea que é tão marcada pela velocidade, tecnologia e avessa a qualquer forma de sofrimento ou desconforto

Diante desse enfraquecimento, bem como da conclusão de que o parto natural, sem interferências ou com a menor quantidade de intervenções possíveis é o melhor para mãe e para o bebê, é fundamental que se restitua a autonomia da gestante, o que só será viável com a democratização da informação a respeito da gestação, do parto e do puerpério<sup>11</sup>:

[...] o Ministério da Saúde estabelece que a assistência ao parto deve ser segura, garantindo a cada mulher os benefícios dos avanços científicos, as informações necessárias, mas também, permitir e estimular o exercício da cidadania feminina, por meio do resgate de autonomia do corpo da mulher no parto.

O direito à informação está previsto tanto na Constituição Federal, nos termos do art. 5º, incisos XIV, XXXIII e LXXII<sup>12</sup>, quanto no Código de Defesa do Consumidor<sup>13</sup> e no Código de Ética Médica<sup>14</sup>. Logo, ocultar da gestante a real condição de sua saúde e de seu bebê, bem

---

<sup>10</sup>Ibid., p.127-128

<sup>11</sup>Ibid., p.137.

<sup>12</sup>BRASIL, op. cit., nota 01.

<sup>13</sup>Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2020.

<sup>14</sup>É vedado ao médico. Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. BRASIL. *Resolução CFM nº 1.931*, de 17 de setembro de



como deixar de informar todas as possibilidades de partos e as consequências de cada escolha, pode ser considerado uma violação à dignidade da pessoa humana, tanto em relação à mãe, quanto ao filho.

Salvo nos casos em que há riscos para gestante e/ou para o bebê, deve ser garantida à mulher a possibilidade de escolha do tipo de parto que realizará, bem como quais intervenções pretende ou não realizar antes, durante e depois do parto. Para tanto, é necessário que esta mulher seja informada de forma clara, objetiva, por meio de linguagem compreensível, quais são os riscos e todas as possibilidades que estão a seu dispor nesta fase.

É importante ressaltar que as informações passadas para gestante não devem ser baseadas em mitos e crendices populares, como por exemplo, de que o tamanho do bebê limita o tipo de parto ou de que voltas do cordão umbilical, no pescoço da criança, por si só, impedem o parto natural, dentre tantas outras que se perpetuam de geração a geração<sup>15</sup>. Esses mitos contribuem para que o Brasil seja um dos países que mais realiza partos cesariana no mundo, superando as recomendações da OMS:

[...] a pesquisa “Nascer no Brasil, coordenada pela Fiocruz, revelou que a cesariana é realizada em 52% dos nascimentos brasileiros, enquanto a recomendação da Organização Mundial da Saúde é no sentido de que somente 15% dos partos sejam realizados desse procedimento cirúrgico.<sup>16</sup>

A falta de conhecimento é a maior fomentadora de atos de violência obstétrica contra mulheres e bebês, pois se um sujeito desconhece os seus direitos, não há como trazer à luz as suas violações para que se discutam suas causas, consequências, bem como para que se busque uma solução efetiva, até que não sejam mais praticados por aqueles que deveriam ser os facilitadores de uma chegada saudável e digna a este mundo.

Além da necessidade de informação, é fundamental uma mudança de cultura para que esses índices alarmantes de intervenções no parto sejam modificados, principalmente entre as classes média e alta que tem uma taxa de realização de parto cesárea ainda maior do que a da média nacional. Estima-se que na rede privada de saúde 93% dos partos sejam cirúrgicos, o que demonstra que não é apenas informação e melhor grau de instrução que mudará a realidade brasileira, mas sim uma mudança de mentalidade<sup>17</sup>.

---

2009. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

<sup>15</sup>É vedado ao médico: Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos. Ibid.

<sup>16</sup>CASTRO, op. cit., p.130.

<sup>17</sup>Ibid.

Dessa forma, percebe-se que o acesso à informação, por si só, não consegue alterar a cultura de parto cirúrgico e de violência obstétrica, mas pode ser o primeiro passo para que mudanças aconteçam, ainda que de forma lenta.

O pré-natal realizado com compromisso tanto da gestante, quanto da equipe de saúde, uma relação médico-paciente baseada na verdade, sem amedrontar e com clareza, a possibilidade de escolher o local em que o parto será realizado, bem como a garantia da possibilidade de ser acompanhada por pessoa de confiança nesse momento, são medidas que auxiliam a mulher na tomada de decisão sobre o que é melhor para si mesma e para seu filho no momento do parto.

O Estado de São Paulo, em agosto de 2019, aprovou uma lei garantindo às gestantes da rede pública de saúde a possibilidade de realizarem parto cesariana quando esta for a sua opção<sup>18</sup>. O conteúdo da lei dividiu opiniões, estando de um lado aqueles que entendem que a lei poderá representar o agravamento uma realidade que já não condiz com padrões internacionais de saúde. E do outro, a própria discussão sobre a autonomia da vontade da mulher no que diz respeito ao seu parto.

Ora, enquanto algumas mulheres assistidas pela rede privada de saúde podem optar livremente pelo tipo de parto de pretendem ter. Outras, com poucas condições financeiras, têm cerceado o seu direito de escolha, visto que no Sistema Único de Saúde apenas os casos com indicação médica estão condicionados ao parto cirúrgico.

A discussão trazida pela lei do Estado de São Paulo não está apenas em se garantir ou não a autonomia das mulheres na escolha do parto. Além disso, não se deve observá-la de maneira simplória, como consequência da falta de conhecimento, visto se tratar de uma questão com raízes profundas, entranhadas na cultura do brasileiro que considera a intervenção médica no nascimento como segura, saudável, indolor e até elitizada.

Essa forma como o parto cirúrgico é visto no Brasil acaba dificultando a mudança de mentalidade que será fundamental para que o país alcance os padrões de saúde no nascimento sugeridos pelos organismos internacionais, bem como para que as narrativas de violência obstétrica deixem de ser corriqueiras, normais ou até necessárias.

Não obstante a lei do Estado de São Paulo tenha reacendido a discussão sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 02 de abril de 2020, entendeu ter havido uma usurpação de competência, pois o assunto deveria ser legislado pela União, declarando-a

---

<sup>18</sup>SÃO PAULO. *Lei nº 17.137*, de 23 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2019/lei-17137-23.08.2019.html>>. Acesso em: 26 set. 2020.



inconstitucional. Além disso, aqueles que defenderam a inconstitucionalidade da lei<sup>19</sup> afirmaram que ela caminha na contramão das políticas públicas de incentivo do parto natural<sup>20</sup>:

[...] o Ministério da Saúde elaborou “Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal” nas quais estabelece recomendações pautadas na informação e na comunicação acerca do local do parto, dos cuidados gerais, do alívio da dor no trabalho de parto, da assistência no primeiro, segundo e terceiro períodos do parto, dos cuidados maternos imediatamente após o parto e da assistência ao recém-nascido [...].

Isso ressalta a necessidade de mudança de cultura, o que só é possível com a reintrodução de velhos valores e práticas naturais que fazem parte da essência humana, fisiológica e que a ciência acabou dominando por um tempo com tecnologia e inovações. Mas que a própria ciência começa a reconhecer como práticas melhores, mais saudáveis e eficazes e que contribuem para continuidade da espécie de forma saudável, proporcionando para quem gesta e para quem nasce uma experiência completa e digna.

### 3. PLANO DE PARTO E A LEGISLAÇÃO COMO FORMAS DE COIBIR A PRÁTICA DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Para que a violência obstétrica deixe de ser uma prática comum no Brasil, é fundamental uma mudança cultural. Contudo, para que haja essa transformação é imprescindível que sejam criadas políticas públicas de conscientização a respeito do pré-natal, parto e pós-parto, bem como que o legislativo crie normas que visem coibir a violência.

Atualmente, no Brasil, não existe uma lei federal que trate a respeito da violência obstétrica, existindo apenas leis estaduais, como ocorre por exemplo no Estado do Paraná<sup>21</sup>. Contudo, existem Projetos de Lei junto à Câmara de Deputados que abordam o assunto, mas que até o momento não foram votados, o que confere impunidade àqueles que têm a violência obstétrica como uma prática médica comum.

Essa lacuna legislativa, aliada à cultura da hospitalização do nascimento e da mercantilização do parto cesárea estão mantendo por décadas as mulheres e os seus bebês

<sup>19</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *ADI n° 2188866-94.2019.8.26.0000*. Relator: Alex Zilenovski. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lei-parto-cesariana.pdf>>. Acesso em: 1º set. 2020.

<sup>20</sup>CASTRO, op.cit., p. 159.

<sup>21</sup>PARANÁ. *Lei n° 19.701/18*, de 20 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-19701-2018-parana-dispoe-sobre-a-violencia-obstetrica-sobre-direitos-da-gestante-e-da-parturiente-e-revoga-a-lei-no-19-207-de-1o-de-novembro-de-2017-que-trata-da-implantacao-de-medidas-de-informacao-e-protecao-a-gestante-e-a-parturiente-contr-a-violencia-obstetrica>>. Acesso em 15 set. 2020.



vulneráveis à violência. Logo, é fundamental que exista uma norma federal que padronize as garantias conferidas à gestante e ao bebê na hora do parto, bem como que preveja formas de reduzir drasticamente nascimentos violentos.

Outra forma de garantir o parto e nascimento digno no Brasil é a popularização e utilização dos planos de partos, que são documentos elaborados pela gestante e a equipe de saúde durante o pré-natal. Por meio do plano de parto a mulher de forma consciente e informada registrará quais procedimentos pretende ou não se submeter durante o parto<sup>22</sup>:

[...] o plano de parto é uma carta destinada aos profissionais de saúde que farão a assistência ao parto da gestante, cujo conteúdo deverá ser construído durante o período gestacional, baseado em informações que a mulher colheu sobre o processo do parto, de maneira a realizar um planejamento pautado em desejos e expectativas [...].

O plano de parto muito se assemelha com as declarações antecipadas de vontade, que se enquadram como um “modelo de negócio jurídico unilateral”<sup>23</sup>, por meio do qual o paciente em fase terminal irá dispor a sobre seus desejos e expectativas que deverão ser observados quando já não puder mais exprimi-los<sup>24</sup>:

[...] os termos de planos de parto são documentos simples, sem formalidade prévia, nos termos do art. 107 do Código Civil, à luz do princípio da liberdade de formas, mas podem ser registrados em Cartório ou acostados nos prontuários médicos. Fundamental, no entanto, o conhecimento dos médicos para seu cumprimento [...].

Para que as gestantes possam optar pelo modelo de parto que pretendem usar, é necessário que sejam informadas a respeito dos riscos e benefícios que cada modelo possui, bem como que sejam instruídas quanto à viabilidade de cada modelo, tendo em vista o seu quadro clínico e do seu bebê.

Importante ressaltar que o médico pode se recusar a cumprir a vontade da gestante disposta no plano, quando esta trazer algum risco à vida da mulher ou do bebê. A recusa motivada, por si só, não gera a responsabilização, que dependerá da análise do nexo de causalidade entre a negativa às exigências da paciente e ao dano causado a ela ou ao seu filho<sup>25</sup>:

[...] o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.114/2016, trata do respeito à autonomia da gestante na opção do parto cesárea, garantida mediante o recebimento de todas as informações da forma pormenorizada, bem como de seus benefícios e riscos, devendo a decisão ser registrada num termo de consentimento livre e esclarecido. Da mesma forma, assevera o respeito à autonomia do médico em

---

<sup>22</sup>CASTRO, op. cit., p. 178-179.

<sup>23</sup>Ibid., p.180.

<sup>24</sup>Ibid., p.181.

<sup>25</sup>Ibid., p. 160.



discordar da vontade da gestante, cabendo-lhe, nesse caso, indicar um profissional para atender a paciente, exercendo a objeção de consciência (Capítulo I, inciso VII, do CEM) [...].

Infelizmente, o que se vê na prática são médicos que orientam gestantes de forma equivocada com o intuito de fazê-las desistir do parto natural, tendo em vista o tempo que um parto nessa modalidade pode demandar. Enquanto um parto cesárea dura em média uma a três horas, um parto natural varia entre doze e quatorze horas. Porém, a manipulação da informação com o fim de obstar o parto natural ou desencorajar a sua escolha, também pode ser considerada uma violação aos direitos da mulher e do recém-nascido.

Numa sociedade altamente tecnológica em que tudo deve acontecer de forma rápida, instantânea e planejada, é mais fácil vender um parto cesárea, com hora marcada e a justificativa de que é mais saudável para a mulher e para o bebê, pelo simples fato de que mãe e filho contarão com todo suporte médico e técnico imagináveis, além da analgesia.

Além disso, é fácil amedrontar uma mulher com falsas histórias sobre partos naturais/normais ou humanizados. Partos esses praticados com inúmeras intervenções desnecessárias, verdadeiros palcos de violências obstétricas.

Contudo, é dever do profissional da saúde dar à mulher todas as informações corretas e compatíveis com a realidade, a fim de que ela exerça a sua autonomia com base em informações reais, não em meras especulações fantasiosas com o intuito de direcioná-la a escolher a melhor opção para o médico ou para a equipe médica<sup>26</sup>:

[...] a responsabilização civil pela violação do dever de informar à gestante decorre da obstaculização de sua autonomia da vontade, maculando o ato planejado pela parturiente ao longo dos meses de gestação. Configurar-se-ia ato de violência obstétrica por furtar da gestante sua autodeterminação corporal [...].

Dessa forma, não é possível exercer autonomia quando não se conhece os elementos necessários para fazer uma análise racional do que é melhor ou não para si. Não existe autonomia quando há manipulação da informação para que se atenda a vontade de uma das partes envolvidas no nascimento.

Não há como negar que levar o nascimento para dentro dos hospitais trouxe inúmeros benefícios, permitiu que vidas de mulheres e bebês que sofreram alguma intercorrência durante o parto fossem salvas. Porém, o protagonismo da equipe de saúde deve ficar restrito a estas hipóteses excepcionais.

---

<sup>26</sup>Ibid., p. 162.



Nos nascimentos viáveis – que são a maioria – deve-se devolver o protagonismo da vida à mãe e filho. Os corpos femininos foram projetados para gerar e dar à luz. Portanto, retirar da mulher e do seu bebê esse direito é uma violação ao direito de dar a vida e de nascer com dignidade, com saúde e liberdade de escolha<sup>27</sup>:

[...] o papel de protagonismo das mulheres no processo de parto e nascimento implica o fortalecimento e a adoção de novos métodos e instrumentos na assistência à saúde que preservem ao máximo sua autonomia corporal e seus desejos e vontades, sobretudo no momento do parto [...].

Além disso, a violência obstétrica e o alto percentual de partos cesárea só deixarão de ser uma realidade no Brasil, quando o nascimento for um acontecimento protegido e valorizado pelo Estado, que deve elaborar uma legislação protetiva e políticas públicas adequadas. Também deve haver informação e atualização dos profissionais sobre práticas mais adequadas e sobre a humanização do exercício da medicina.

## CONCLUSÃO

Por meio desta pesquisa, verificou-se que a partir dos anos 70 o nascimento foi transferido para hospitais, como uma consequência natural do avanço da ciência e da medicina, o que alterou consideravelmente o meio pelo qual um indivíduo chega ao mundo. A problemática surgiu quando uma das consequências desse avanço foi o surgimento do fenômeno da violência obstétrica – uma flagrante violação à integridade física, moral e psicológica que mãe e filho.

Como qualquer inovação, essa trouxe vantagens e desvantagens. Se por um lado, as vidas da mãe e do filho podiam ser preservadas – por meio da medicina avançada –, nos casos de intercorrências durante o parto, por outro, as excessivas interferências desnecessárias poderiam colocar a vida daqueles em risco.

Conforme argumentado durante os capítulos, a violência obstétrica pode ser subjetiva, visto que um ato que pode ser considerado uma violação para uma mulher, também pode ser tido como absolutamente normal por outra. Além disso, o avanço da medicina em relação ao nascimento, acabou sendo mercantilizado, criando um ambiente de extrema desconfiança entre paciente e equipe de saúde.

---

<sup>27</sup>Ibid.



A falta de uma legislação federal que reconheça a existência dessa violação e apresente formas de coibir a prática, bem como a deficiência em relação às políticas públicas de conscientização e informação sobre nascimento seguro e com dignidade são os principais fatores que agravam a problemática e que expõe a fragilidade da garantia da dignidade de pessoa humana no nascimento.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que o direito à informação deve ser garantido às mulheres gestantes, a fim de que estas possam fazer suas escolhas, quanto ao nascimento de seus filhos, de forma consciente e segura. A manutenção de um modelo baseado em credices e estórias terríveis de partos naturais que deram errado, retira das mulheres e de seus filhos o direito de um parto mais saudável e amplamente recomendado pela Organização Mundial da Saúde.

O objetivo desta pesquisa não foi demonizar a ciência, a medicina, ou a uso das tecnologias – que são meios eficazes para salvar vidas de gestantes e bebês que podem não sobreviver ao nascimento natural em algumas situações –, mas sim, analisar o nascimento à luz da Constituição Federal, visto que a dignidade de pessoa humana é um dos seus princípios de maior valor e relevância e que também deve ser observada quando se chega ao mundo.

Contudo, para que a dignidade da pessoa humana seja garantida no nascimento é fundamental que haja por parte dos profissionais da área da saúde um reconhecimento de que a violência obstétrica é uma realidade nas maternidades brasileiras, de que inúmeros procedimentos utilizados pelas equipes médicas são desnecessários, ultrapassados e violam a integridade física e psíquica da mãe e do bebê.

Além disso, outros fatores de grande relevância para que haja uma mudança na cultura do nascimento indigno são a ampliação do uso dos planos de parto e o maciço investimento em políticas públicas que visem democratizar informações corretas, seguras e coerente a respeito da gestação, parto e puerpério.

Dessa forma, ficou evidente, a necessidade de uma legislação nacional que reconheça a existência da violação dos direitos da mulher e do bebê no parto e estabeleça punições quando estas ocorrerem. Também é necessária uma mudança significativa da cultura do nascimento, garantindo que mãe e filho tenham uma gestação, um parto e um puerpério dignos, com respeito à vida, à saúde – física e emocional – e com liberdade escolha.

A preocupação e o cuidado com o nascimento deve ser um objetivo da sociedade como um todo, pois apenas com o comprometimento geral será possível retirar do Brasil a má fama de ser um dos países que mais realiza partos cesáreas no mundo. Se não há garantia de dignidade no nascimento, não há garantia de dignidade em nenhuma outra fase da vida.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 22 nov.2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Resolução CFM nº 1.931*, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *ADI nº 2188866-94.2019.8.26.0000*. Relator: Alex Zilenovski. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lei-parto-cesariana.pdf>>. Acesso em: 1º set. 2020.

PARANÁ. *Lei nº 19.701*, de 20 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=369582>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

SÃO PAULO. *Lei nº 17.137*, de 23 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2019/lei-17137-23.08.2019.html>>. Acesso em: 26 set. 2020.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Violência Obstétrica em Debate: Diálogos interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.



## HERANÇA DIGITAL: VALOR PATRIMONIAL E SUCESSÃO DE BENS ARMAZENADOS VIRTUALMENTE

Maíra Carolina Bernardo Lopes

Graduada pelo Centro Universitário  
de Volta Redonda.

**Resumo** – a forma que as pessoas passaram a se relacionar mudou com o advento das redes sociais, e junto com esta mudança, mudou também a maneira que as pessoas começaram a auferir renda, renda esta que futuramente poderá fazer parte de uma herança digital. E é exatamente a regulamentação deste patrimônio e desta herança que este trabalho aborda, buscando identificar de que forma o direito brasileiro, em especial o direito sucessório protege esses bens, e como se dá o reconhecimento, a proteção e a sucessão da herança digital.

**Palavra-chave** - Bens digitais. Patrimônio. Sucessão. Herança. Direito sucessório.

**Sumário** - Introdução. 1. O reconhecimento da herança garantido como um direito fundamental. 2. Direito Sucessório e a Proteção Jurídica do Patrimônio Digital. 3. A proteção a Herança Digital Diante da Inexistência de Legislação Específica. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da sucessão de bens adquiridos digitalmente levando em consideração que grande parte dos bens deixados pelas próximas gerações não serão tangíveis e que as recentes inovações tecnológicas mudaram a forma como as pessoas adquirem seus bens.

A evolução da tecnologia fez surgir o acúmulo de grandes fortunas armazenadas virtualmente, nos mais variados formatos, e hoje em dia metade da população mundial possui alguma rede social, ou seja, tem o seu próprio patrimônio virtual nos mais variados formatos, mas poucas se perguntam o que vão fazer com seus e-mails, textos, fotos, músicas, vídeos espalhados pela internet.

E embora, a sucessão já seja um instituto devidamente regulado pelo direito pátrio, a herança digital apenas recentemente passou a ser considerada como objeto do direito das sucessões, ainda deixando dúvidas sobre a possível caracterização de tais bens como patrimônio.

As discussões a respeito dos direitos que envolvem o assunto já chegam aos tribunais, mas o principal problema no ordenamento pátrio é a falta de legislação que trate diretamente



da questão, qual seria o melhor caminho? Seguir a legislação dos demais bens, ou haverá uma lei específica para disciplinar sobre os bens digitais?

A falta de regulamentação é o grande problema do tema, pois faz com que fique a cargo da doutrina e da jurisprudência encontrar a melhor solução para o tema para que não haja um cenário de insegurança jurídica.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando como o instituto herança é tratado na Constituição Federal e também no Direito Sucessório.

No segundo capítulo, busca-se abordar o direito sucessório e a proteção jurídica do patrimônio digital, como se estabelece no Direito Brasileiro o instituto sucessão para a partir disso, compreender o que vem a ser o patrimônio e diante disso entender o que de fato são bens digitais, e qual a proteção jurídica que o Direito Brasileiro confere a esses bens.

E por fim, o terceiro capítulo abordará pesquisa a proteção a herança digital diante da inexistência de legislação específica. Procura-se explicitar como se caracteriza a herança digital, como ela é formada, e tratada diante da inexistência de legislação específica, e a necessidade da sua regulamentação diante do mundo tecnológico que cada vez mais faz parte das nossas vidas e das relações jurídicas construídas.

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 a finalidade de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. O RECONHECIMENTO DA HERANÇA GARANTIDO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Ao longo da vida o homem, como indivíduo inserido em uma sociedade, adquire bens materiais, e em decorrência dos fenômenos naturais da vida, como a morte, o direito, a propriedade desses bens passam naturalmente e juridicamente a ser de outras pessoas. Neste aspecto o direito de herança existe em praticamente toda a sociedade juridicamente organizada, em virtude da necessidade de transmissão dos bens adquiridos em vida pelo falecido, e até mesmo diante dos próprios sentimentos daquele que se vai.



A Constituição Federal<sup>1</sup> no art.5º, inc. XXX, dispõe: “É garantido o direito de herança” e ao garantir o direito à herança o eleva ao *status* de direito fundamental garantindo-o como parte do conjunto de direitos que protegem a dignidade da pessoa humana.

Diante disso, pode-se dizer que o reconhecimento do direito sucessório pela Carta Magna como um direito fundamental teve como objetivo garantir que os bens adquiridos em vida pudessem ser transmitidos aos familiares do falecido com a abertura da sucessão, tendo como ideia primordial a preservação do direito sucessório e os vínculos familiares e de afeto.

A Carta Magna não se refere a sucessão em geral, mas apenas à herança, ou seja, foi protegido constitucionalmente o direito daqueles qualificados como herdeiros de quem veio a falecer, e somente eles, entretanto, a Constituição não define quem é herdeiro, o que acaba por ficar a cargo do legislador infraconstitucional tal definição. Todavia, a herança está limitada ao fim social da norma constitucional, que é a proteção das pessoas físicas que tenham com o autor da herança relações estreitas de família ou de parentesco.

A garantia concedida pelo art.5º, XXX da CRFB/88<sup>2</sup>, se relaciona também com o princípio da vontade privada disposto no inciso XII, que se refere a propriedade, entretanto essa autonomia é restringida devido aos limites legais sobre o qual o testador pode dispor de direitos, a justificção para essa limitação é a partir da preservação da noção de histórico de família como o local em que a pessoa nasce, vive e mantém relações que devem ser preservadas mesmo após o seu falecimento.

O conceito de família passou por grandes mudanças com o advento da Constituição Federal de 1988, pois anteriormente na Constituição de 1967, havia apenas uma família, a legítima, oriunda do casamento. Desse modo, somente a família constituída pelo casamento era amparada pelo Estado.

Uma vez estabelecido novos elementos delineadores da instituição familiar, acaba por incentivar o surgimento de repercussões em outras áreas, principalmente no Direito Civil e sobretudo no direito sucessório ao qual sofreu muitos impactos com as alterações da definição família, e um dos institutos que englobam o direito sucessório temos a herança, que é objeto deste artigo.

A herança é um dos principais institutos do direito sucessório, Maria Helena Diniz<sup>3</sup> a define como: “o patrimônio do falecido, isto é o conjunto de direitos e deveres que se transmite

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 out. 2020.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup>DINIZ, Maria Helena *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 26 ed.V.6. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 226.



aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do *de cuius*.” Já Clóvis Beviláqua<sup>4</sup> a descreve como “transmissão dos direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobrevivente, em virtude da lei ou da vontade do transmissor.”

Reconhecer o direito à herança e garanti-lo como fundamento do Estado Democrático, é preservar os instrumentos naturais de fortalecimento do Estado é respeitar acima de tudo a última vontade do *de cuius*. Difícil tem sido estabelecer o alcance deste direito fundamental, não obstante conste da legislação ordinária todo um regramento especialmente dirigido para a sucessão hereditária.

O direito de herança é destinado preferencialmente aos sucessores do *de cuius*, tanto é assim que a sucessão legítima se dá por vínculos familiares. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo<sup>5</sup>, “suceder conceitua-se como herdar ou receber o patrimônio daquele que faleceu. Verifica-se o fenômeno da extinção da relação e, em seu lugar, apresentando- sucessor, sem que se modifique o objeto da sucessão.”

É muito comum a utilização da terminologia “herança” para designar os bens de alguém mesmo antes de seu falecimento, este termo é empregado de maneira equivocada, pois não há existência de um direito sucessório antes do falecimento, ou seja apenas com a morte o instituto herança começa a existir, de maneira que os bens de uma pessoa antes de seu falecimento, são garantidos por seu respectivo direito de propriedade.

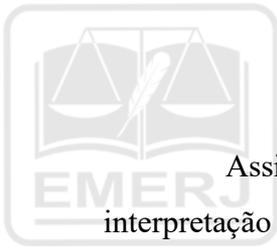
Ademais, com a herança cria-se uma noção de perpetuidade do patrimônio construído pelo *de cuius* ao estabelecer que no mínimo 50% deste será destinado aos seus ascendentes e descendentes. Deste modo, pode-se dizer que o direito de herança também tem um papel importante na circulação de bens, visto que, ao falecer, o *de cuius* pode transferir a posse de suas propriedades a herdeiros necessários, testamentários ou, em casos excepcionais, à sociedade.

Estabelecido como direito fundamental pela Constituição Federal, coube ao legislador ordinário estabelecer as regras de direito material no Código Civil, e tais normas devem ser interpretadas em conformidade com os princípios e regras constitucionais, uma vez que estas prevalecem sobre aquelas. Isso quer dizer, que na dúvida, o interprete deve encontrar o sentido que melhor contemple o direito do herdeiro e não a vontade presumida do autor da herança.

---

<sup>4</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 2.

<sup>5</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 11 ed: Rio de Janeiro. Forense, 2019, p. 70.



Assim, a afirmação de ser a vontade do testador o critério fundamental de interpretação do testamento perdeu consistência, pois a vontade do testador será levada em conta até o ponto que não comprometa a garantia do direito dos herdeiros e deve estar em conformidade os princípios constitucionais.

Portanto, a herança, como direito concede ao cidadão a certeza do acesso à propriedade dos bens deixados *causa mortis*, na forma estabelecida pelo Código Civil, permitindo aos legitimados a investidura na propriedade de tais bens, com todos os seus elementos e todas as suas formas, daí a sua importância.

## 2. DIREITO SUCESSÓRIO E A PROTEÇÃO JURÍDICA DO PATRIMÔNIO DIGITAL

O direito sucessório é um instituto muito conhecido nas relações jurídicas e o vocábulo sucessão é uma expressão que comporta diferentes significados, não se restringindo apenas a transmissão da herança.

Etimologicamente, sucessão vem do latim *sucessio* do verbo suceder (sub+ *cedere*), significando substituição com a ideia subjacente de uma coisa, ou de uma pessoa que vem depois da outra.

Ensina Clóvis Beviláqua<sup>6</sup> que, sucessão em sentido geral e vulgar é a sequência de fenômenos, ou fatos, que aparecem uns após outros, ora vinculados por uma relação de causa, ora conjuntos por outras relações.

Trazendo esse conceito para uma relação jurídica, e sabendo que toda relação jurídica necessariamente, é composta de um sujeito, de um objeto e de um vínculo entre eles, observa-se que o sujeito ou o objeto podem, eventualmente sofrer uma substituição por outro sujeito, e isto, é, exatamente a característica do fenômeno sucessório. Assim, a sucessão, é a substituição do sujeito ou do objeto de uma relação jurídica.

Quando se trata da substituição do objeto de uma relação jurídica, tem-se a sub-rogação real, ou seja, o objeto de uma relação jurídica é substituído por outro sem alterar a natureza do vínculo existente, é o que ocorre no sub-rogação do bem de família convencional, por exemplo, disciplinada pelo art. 1.719 do Código Civil<sup>7</sup>.

Quando se tratar de substituição do sujeito de uma relação jurídica, trata-se da sub-rogação pessoal, que pode decorrer de um ato *inter vivos*, e também em decorrência da morte

<sup>6</sup>BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Campinas: Red. Livros, 2000, p. 30.

<sup>7</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 26 out. 2020.

do titular de um direito. E é exatamente aqui surge o Direito das Sucessões, que trata da substituição do sujeito (ativo ou passivo) de uma relação jurídica em razão do óbito do seu titular.

Nota-se que com isso, o Direito das sucessões diz respeito, efetivamente a substituição do sujeito de uma relação jurídica por conta da morte do seu titular. Porém, nem toda sucessão (*rectius*, substituição) diz respeito ao Direito das Sucessões, isso porque como já dito, a substituição do objeto (sub-rogação real) e a substituição de um sujeito de uma relação jurídica em razão de um ato *inter vivo* (sub-rogação pessoal) são fenômenos sucessórios, mas que não dizem respeito ao Direito das Sucessões.

Fixada a premissa fundamental de que o direito das sucessões diz respeito a substituição do sujeito de uma relação jurídica por conta do falecimento do titular, é necessário destacar que nem toda relação jurídica comportará essa substituição.

Nas palavras de Orlando Gomes<sup>8</sup> o conteúdo do direito de sucessão não é ilimitado. Posto assumo o herdeiro a posição jurídico-econômica do defunto, não se lhe transmitem todos os direitos de que este era, ou podia ser titular.”

Isso porque somente as relações jurídicas patrimoniais, ou seja, de natureza econômica, em regra, admitem a substituição quando da morte do seu titular. E esse conjunto de relações jurídicas patrimoniais, que eram titularizadas pelo falecido e que se transmite aos seus sucessores é o que se denomina herança e que serve de objeto para o Direito das Sucessões.

No sistema jurídico, a herança é alçada a status constitucional, como já visto, nos termos ao art.5º, inciso XXX da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>9</sup>. Sendo assim, *clausula pétrea*. Efetivamente, o direito à herança é o desdobramento natural do direito à propriedade privada, que será transmitida com a morte do titular, confirmando-se, assim, a transmissibilidade das relações jurídicas de conteúdo econômico.

A herança é um bem jurídico imóvel, universal e indivisível. Constituída a herança, com a transmissão do conjunto de relações patrimoniais pertencentes ao falecido, atribui-se a esse bem uma natureza imóvel, universal e indivisível, mesmo que formada somente por bens móveis singulares e divisíveis.

Com isso, a herança estabelece um condomínio dos bens integrantes do patrimônio transmitido, que somente serão dissolvidos com a partilha do patrimônio.

Diante disso, é relevante entender o conceito de patrimônio e também de bens digitais, conceitos de suma importância para melhor compreensão do presente trabalho. Patrimônio, é

---

<sup>8</sup>GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 145.

<sup>9</sup>BRASIL, op. cit., nota 01.



um instituto conhecido e amplamente estudado no direito brasileiro, entretanto, bens digitais devido aos avanços tecnológicos, pode ser considerado um assunto novo.

Gagliano e Pamplona<sup>10</sup> definem o patrimônio como: “Em expressão clássica, o patrimônio é a representação econômica da pessoa, vinculando-o à personalidade do indivíduo, independentemente de substituição, aumento ou decréscimo de bens.” Nesse sentido, Gonçalves explica:

Patrimônio são os bens avaliáveis em dinheiro, ou seja, que tem valor econômico. Desse modo, não incluindo elementos de qualidades pessoais, como o doutrinador mesmo exemplifica, como a capacidade física ou técnica, o conhecimento e a força de trabalho, porque mesmo que ocorra lesão a esses bens e possa vir a acarretar indenização, são apenas bens para a captação de receitas, não se constituindo patrimônio.<sup>11</sup>

Dessa forma, percebe-se que a noção de patrimônio, acima descrita, abrange o conceito de patrimônio ativo e passivo, ou seja, o patrimônio é o conjunto de bens que uma pessoa possui, é o complexo de uma relação jurídica que possui relação econômica. Integra o patrimônio os bens materiais ou imateriais, corpóreos ou incorpóreos, tangíveis ou intangíveis.

Em outra perspectiva, os bens podem ser objetos materiais ou imateriais, mas que possuam utilidade física ou ideal para o indivíduo. E para melhor entender o que vem a ser bens digitais, é necessário compreender sobre bens incorpóreos e corpóreos. Os bens incorpóreos são bens abstratos que não possuem existência física, ou seja, não são concreto, enquanto os corpóreos são aqueles bens que possuem existência física, que são perceptíveis.

Ademais, não existe positivado em no Código Civil vigente a classificação de bens corpóreos e incorpóreos, trata-se de uma classificação doutrinária, que em relação a isso a doutrina majoritária entende que somente os bens corpóreos são suscetíveis a venda. No entanto, por conta do avanço tecnológico e da virtualização global esse entendimento é propenso a mudar por meio da expansão de comércio de bens digitais, conforme entende Lara:

<sup>12</sup>

Essa classificação de bens não está expressa em nosso Código Civil, no entanto é importante para nosso estudo, pois somente os bens corpóreos podem ser objeto de compra e venda, enquanto que os bens incorpóreos se transferem por sucessão de direitos. Assim tem sido o entendimento doutrinário até então, porém, com a virtualização da sociedade, esse entendimento sobre o tema tende a ser alterado, ou seja, esse entendimento de que os bens incorpóreos se transmitem por cessão de direito deverá mudar com o aumento do comércio de bens digitais.”

<sup>10</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, V1: parte geral. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2019, p.95.

<sup>11</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, V.1: Parte Geral. São Paulo. Saraiva, 2019, p. 319.

<sup>12</sup>LARA, Moisés Fagundes. *Herança Digital*. Clube de Autores (managed), 2016. Disponível em: <<https://clubedeautores.com.br/livro/heranca-digital>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

Segundo Emerenciano<sup>13</sup> bens digitais são organizados conjuntos de instruções utilizando linguagem de sobrenível, que são armazenados de maneira digital, que podem ter suas devidas interpretações por computadores, celulares, tabletes, ou por outros dispositivos que possuem funcionalidade associadas a esses meios tecnológicos.

Já Santos, conceitua bens digitais da seguinte forma: “Os bens digitais, então são uma espécie de software de computador que, como qualquer outro, é transmitido de uma máquina para outra na forma de fluxos de elétrons, denominados bits”.<sup>14</sup> Em outras palavras, bens digitais, são informações armazenadas em linguagem binária em aparelhos tecnológicos como smartphones, computadores, etc.

Desse modo, Lacerda<sup>15</sup> informa que bens digitais são bens incorpóreos, que um usuário insere de forma progressiva na internet informações de caráter pessoal que tenha alguma importância e utilidade para si, que contenha ou não conteúdo econômico, como por exemplo, textos, fotografias, ou base de dados.

Portanto, diante do demonstrado, a herança estabelece um patrimônio, e o patrimônio consiste em objetos materiais e imateriais que possua valor econômico. E bens digitais são instrumentos que são armazenados na internet, que possuem determinado valor econômico seja de modo sentimental, ou que possua realmente uma valoração econômica de valor comercial, no qual qualquer pessoa que tenha acesso ao universo digital detém a capacidade de formar tais bens.

### 3. A PROTEÇÃO A HERANÇA DIGITAL DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Com o advento de novas tecnologias a vida em sociedade apresenta-se em constante mudança, e conseqüentemente, o Direito também, notadamente o Direito Privado, pois a sociedade está mais do que nunca realizando atos de cotidiano de forma digital e deixando rastros permanentes de sua existência na web.

E diante disso, o Direito Privado, em especial o direito das sucessões entrou nesse rol de discussões, que a cada ano vem alargando os debates relacionados à transmissão da herança

---

<sup>13</sup>Ibid.

<sup>14</sup>SANTOS, Bruno Damasceno Ferreira. Bem digital – natureza e regime jurídico do objeto do comércio eletrônico on-line. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 26 out 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39450/bem-digital-natureza-e-regime-juridico-do-objeto-do-comercio-eletronico-on-line>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

<sup>15</sup> LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens digitais*. Indaiatuba, SP: Foco Jurídico, 2017, p. 57.



digital. Entretanto, no Brasil, não existe nenhuma legislação específica que regule a proteção dessas produções existentes na internet, e muito menos discussões que estimem os bens que podem ser adquiridos virtualmente até repassados para herdeiros por meio de um possível inventário.

Ao analisarmos, praticamente tudo o que é realizado no dia a dia envolve um meio digital. Diante disso, pode-se ter nas mídias digitais um patrimônio, patrimônio este, não só de valor sentimental, mas principalmente de valor econômico, uma vez que a internet se transformou em um grande e potente mercado financeiro.

A discussão atual gira em torno do direito dos herdeiros acerca dos bens e mídias digitais deixadas por aquele que vem a óbito, que devem ter a mesma importância dos bens físicos deixados como herança e assim serem repassados aos destinatários de igual forma.

Além de não ter legislação específica que trate sobre herança digital, também não há nenhum conceito ou definição específica, por conta disso a interpretação será sempre extensiva, ou seja, se inserindo no conceito de herança e patrimônio<sup>16</sup>. Silva entende que todo o legado digital de um indivíduo que fica disponível na nuvem ou armazenado em um computador logo após sua morte faz parte de sua herança digital.<sup>17</sup>

Oliveira, explica que a herança digital é arquetizada, por um aglomerado de informações acerca de um usuário, estabelecido pelos ativos digitais e pelas contas digitais, que se encontra em formato digital.<sup>18</sup> Em outras palavras, é tudo aquilo deixado pelo falecido, em suas mídias digitais, seja de valor econômico ou sentimental.

Já com relação a inexistência de legislação específica, as únicas fontes normativas no Brasil que buscavam tratar da herança digital foi o Projeto de Lei nº 4.099-A de 2012<sup>19</sup>, de autoria do Deputado Jorginho Mello do PSDB que foi arquivado em 30 de abril de 2019, e buscava regular o direito as novas tecnologias.

E o Projeto de Lei nº 7.742 de 2017, que visava incluir o artigo 10-A no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014)<sup>20</sup>, que estabelecia que os provedores de aplicações de internet

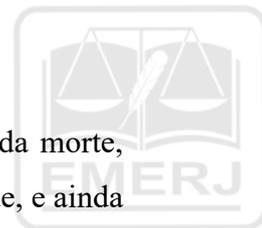
<sup>16</sup>TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil* 10 ed. São Paulo: Método. 2020, p. 2390

<sup>17</sup> SILVA, Jéssica Ferreira da. *Herança digital: a importância desta temática para os alunos da Faculdade de Informação e Comunicação da Universidade Federal de Goiás*. 2014. Disponível em: <<https://repositorio.bc.ufg.br/xmlui/handle/ri/10808>>. Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Jaime Gustavo Gonçalves de. *Luto digital: plataformas para a gestão da herança digital*. Tese de Doutorado. Disponível em: <<https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/40297>> Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL. *Projeto de Lei que visa alterar o art. 1.788 da Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil", acrescentando a herança digital à legislação. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 13 set. 2020.

<sup>20</sup> BRASIL. *Projeto de Lei 7742/2017 que visa acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de



devam excluir as respectivas contas de usuários mortos logo após a comprovação da morte, desde que tenha um requerimento do cônjuge, companheiro ou parente de maior idade, e ainda determinava que mesmo após a exclusão das contas, os provedores mantenham os dados e registros armazenados pelo prazo de um ano, a partir da data da morte, ressalvado o requerimento cautelar de prorrogação da autoridade policial ou do Ministério Público.

Desta forma, com o arquivamento dos projetos de lei volta-se à estaca zero, entretanto, a falta de lei regulamentadora não pode proibir a inclusão de bens digitais a herança, uma vez que trata-se de um direito constitucionalmente garantido, e como já visto, herança é o conjunto de bens, direitos e obrigações que uma pessoa falecida deixa aos seus sucessores. E patrimônio, nas palavras de Gagliano e Pamplona, é a representação econômica da pessoa<sup>21</sup>. Portanto, percebe-se que não há distinção na legislação civil entre a herança e a herança digital e entre bens físicos e bens digitais, confirmando nesse sentido, que, no Brasil assegura-se a herança de bens digitais.

Com relação ao valor econômico das mídias sociais, e dos bens agregados por meio dela, com a grande ascensão da internet e seus avanços tecnológicos e também com o acesso cada vez mais fácil, passou a despertar o interesse econômico das pessoas que começaram a utilizar como uma fonte de renda que por vezes chega a atingir vultuosos valores econômicos, o que confirma mais uma vez, a necessidade de se regular da melhor maneira esse patrimônio construído e adquirido através das mídias digitais e também a própria rede social em si.

Lara assertivamente preceitua que:

Um determinado usuário possui um grande número de amigos (são os chamados “atores”) que comungam das mesmas ideias, objetivos, interesses, e possivelmente da mesma forma de consumir. Esse usuário influencia sua rede de amigos, através de tuítes, por exemplo, que são amplamente retuitados; por meio de postagens que são curtidas, compartilhadas, comentadas, logo esse usuário influencia o seu grupo a determinados comportamentos, portanto, se ele indicar um “bom” livro, um filme, ou um outro produto qualquer em sua página na rede social, ou simplesmente comentar sobre esses produtos, seus amigos virtuais vão retuitar, curtir, compartilhar e muitos irão até mesmo consumir esses produtos<sup>22</sup>.

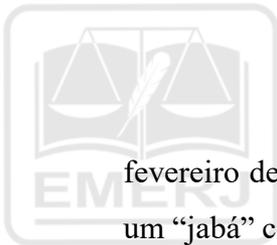
Não há dúvidas sobre a influência das redes sociais e como a interação faz com que pessoas tornem-se referência e com isso consigam influenciar pessoas, um exemplo claro disso, é a atriz e digital influencer Flávia Pavanelli, que antes de ser contratada pelo SBT, já era uma super web celebridade, que acumula atualmente 17, 5 milhões de seguidores no Instagram. Em

---

seu titular. <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>>. Arquivada. Acesso em: 13 set. 2020.

<sup>21</sup>GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 137.

<sup>22</sup>LARA, op. cit.



fevereiro de 2019, a blogueira cobrava R\$ 15 mil reais para uma publicação, agora em 2020, um “jabá” como é tratado nas mídias sociais a recompensa para divulgar algum produto no seu perfil, custa R\$ 25 mil reais<sup>23</sup>, ficando claro como as mídias sociais passaram a ter grande valor econômico no mercado virtual.

Mas diante da inexistência de legislação específica, como se garantirá essa herança digital a quem tem dela tem direito? Como se dará esta partilha? Diante dessa lacuna legislativa essas questões terão de ser respondidas e amparadas pela legislação processual e material existente.

Como já demonstrado aqui, a legislação não distingue os bens materiais de bens digitais, e quando o assunto é partilha, o Código Processual Civil, em seu art. 23, disciplina matérias voltadas a competência do juiz para o processo de inventário e partilha de bens. Assim, em matéria de sucessão hereditária, somente o magistrado pode dispor sobre inventário e partilha de bens situados no Brasil, deste modo, pode se entender que os bens digitais, como por exemplo, as redes sociais de valor econômico devem ser inventariadas no Brasil<sup>24</sup>.

Pois, a Constituição Federal, além de garantir o direito à herança, garante o direito à propriedade, no art. 5º, inciso XXII<sup>25</sup>, então, mesmo que, esta rede social fique armazenada em nuvem, não é admitido o argumento de que os bens estão armazenados em máquinas de informática no exterior, para tornar difícil o acesso a essa rede social ou a outros bens digitais.

No que diz respeito, Lara entende que:

Esses bens deverão fazer parte do inventário, não se admitindo a alegação de que a nuvem, que é abstrata, está localizada nas máquinas e equipamentos de informática de empresas que estão espalhados pelos exterior, v.g Google, que esta localizado nos Estados Unidos da América, alegação essa que não serve para protelar o acesso desses bens aos herdeiros do falecido<sup>26</sup>

Preceitua Tartuce que com relação a herança, que disciplina a sucessão legítima, pela vocação hereditária, prevista no art. 1829 do Código Civil<sup>27</sup>, o cônjuge concorrerá os bens digitais, deixados pelo de cujus com os descendentes e, na falta desses, concorrerá com os

---

<sup>23</sup>DIAS, Leo. *De Gabi Brandt a Pavanelli: Quanto as web celebridades cobram por post? UOL TV e famosos*. 21 mar. 2020. Disponível em: <<https://tvefamosos.uol.com.br/colunas/leo-dias/2020/03/21/de-gabi-brandt-a-pavanelli-quanto-as-web-celebridades-cobram-por-post.htm>>. Acesso em: 12 set. 2020.

<sup>24</sup>TARTUCE, op. cit., p. 2355.

<sup>25</sup>BRASIL, op. cit., nota 01.

<sup>26</sup>LARA, op., cit., p. 85.

<sup>27</sup>BRASIL, op. cit., nota 07.

ascendentes. Não existindo ambos, a sucessão dos bens digitais será deferida na integralidade ao cônjuge, nos termos do art. 1837 do Código Civil<sup>28</sup>.

Já com relação a sucessão testamentária, conforme avanço substancial dos bens digitais, podem acarretar mudanças para maior aproveitamento da forma do testamento para a transferência dos bens digitais. Deste modo, mudando o hábito do brasileiro de não escrever testamentos, já que a maneira mais acertada e segura para evitar a perda desses bens, ou até mesmo evitar litígios judiciais, será a transmissão desses bens digitais para seus sucessores por testamento<sup>29</sup>. Diante disso se entrevê a possibilidade da transferência automática das redes sociais e seu respectivo valor patrimonial, por meio de sucessão.

Portanto, pode-se concluir que é notório que o direito brasileiro protege a herança digital e todo patrimônio auferido economicamente nas mídias sociais, o que se carece é de uma legislação que discipline com clareza a forma que se dará a transmissão desta herança de maneira que as partes envolvidas tenham segurança e respaldo jurídico.

## CONCLUSÃO

Diante das evoluções que envolvem um mundo globalizado, surgiram inúmeros fatores positivos e negativos, e dentre toda essa evolução, pode-se destacar as inovações tecnológicas que modificou as relações sociais e a maneira que a sociedade passou a interagir nos últimos anos.

Com a mudança na forma que as pessoas passaram a se relacionar no seu dia a dia mudou também a forma que elas começaram a auferir renda e conseqüentemente a forma em que passaram a construir um patrimônio que futuramente comporá uma herança.

E como visto ao longo do primeiro capítulo, a herança é um direito protegido pela Constituição Federal, e o seu reconhecimento como sendo um direito fundamental teve como objetivo garantir que os bens adquiridos durante toda uma vida pudessem ser transmitidos a quem dele tem direito, com a ideia primordial de preservação do direito sucessório.

O entendimento que se chegou esta pesquisa ao longo do primeiro capítulo é de que reconhecer o direito à herança e garanti-lo como fundamento do Estado Democrático é uma forma de preservar os instrumentos naturais de fortalecimento do Estado e acima de tudo respeitar a última do *de cuius*.

---

<sup>28</sup> TARTUCE, op. cit., p. 2415.

<sup>29</sup> Ibid., p. 2417.



Quanto à questão que se buscou mostrar no segundo capítulo, com relação a proteção jurídica ao patrimônio digital e o direito sucessório, buscou-se entender o instituto direito sucessório, como ele é tratado e disciplinado pelo Código Civil e concluiu-se que o direito sucessório, diz respeito a substituição do sujeito de uma relação jurídica em decorrência da morte do seu titular, e que essa substituição só ocorrerá nas relações jurídicas patrimoniais, de cunho econômico, pois somente elas, em regra, admitem a substituição quando da morte do titular.

Corolário a isso, analisou o conceito de patrimônio e de bens digitais, uma vez que a herança estabelece um condomínio dos bens integrantes do patrimônio. E entendeu-se que o patrimônio consiste em objetos materiais e imateriais que possui valor econômico. E bens digitais são instrumentos que são armazenados na internet, que possuem determinado valor econômico seja de modo sentimental, ou que tenha uma valoração econômica de valor comercial.

E por fim, no último capítulo analisou-se a proteção a herança digital diante da inexistência de legislação específica, buscou-se entender como a legislação brasileira protege as redes sociais e o seu respectivo valor econômico. Verificou-se que mesmo diante da inexistência de legislação específica a proteção a herança digital é compatível com o ordenamento jurídico pátrio, pois é amparado por normas constitucionais, e que a falta de legislação específica não deixa de reconhecer esse direito.

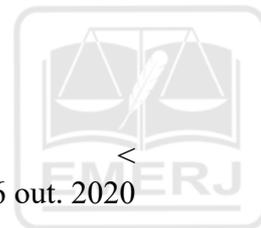
E o que esta pesquisa pretendeu sustentar é a necessidade de ter uma legislação específica, frente a um mundo cada vez mais globalizado e digital, como também reforçar que não é a falta de legislação que não garantirá ou concederá tal direito e amparo a quem faz jus aos bens conquistados por meio de plataformas digitais, uma vez que esses bens existem, possuem muita das vezes grande valor econômico, e com a morte de seu titular, devem compor a herança e conseqüentemente chegar aos sucessores a quem pertence por direito.

## REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

\_\_\_\_\_. *Direito das Sucessões*. Campinas: Red. Livros, 2000.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 26 out. 2020



\_\_\_\_\_. *Constituição Federal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 out. 2020

DIAS, Leo. Coluna Leo Dias. *De Gabi Brandt a Pavanelli*: quanto as web celebridades cobram por post? UOL TV e famosos. 21 mar. 2020. Disponível em: <<https://tvefamosos.uol.com.br/colunas/leo-dias/2020/03/21/de-gabi-brandt-a-pavanelli-quanto-as-web-celebridades-cobram-por-post.htm>>. Acesso em: 12 set. 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* 26 ed.V.6. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v1: parte geral. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, 16 ed.V.1 Saraiva: Rio de Janeiro, 2018.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens digitais*. Indaiatuba, SP: Foco Jurídico, 2017.

LARA, Moisés Fagundes. *Herança Digital*. Clube de Autores (managed), 2016. Disponível em: <[https://clubedeautores.com.br/livro/heranca-digital\\_](https://clubedeautores.com.br/livro/heranca-digital_)>. Acesso em: 10 set. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Bruno Damasceno Ferreira. Bem digital – natureza e regime jurídico do objeto do comércio eletrônico on-line. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 26 out 2019. Disponível em:<<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39450/bem-digital-natureza-e-regime-juridico-do-objeto-do-comercio-eletronico-on-line>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

SILVA, Jéssica Ferreira da. *Herança digital*: a importância desta temática para os alunos da Faculdade de Informação e Comunicação da Universidade Federal de Goiás. 2014. Disponível em: < <https://repositorio.bc.ufg.br/xmlui/handle/ri/10808>.> Acesso em: 10 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10 ed. São Paulo: Método, 2020.

OLIVEIRA, Jaime Gustavo Gonçalves de. *Luto digital*: plataformas para a gestão da herança digital. Tese de Doutorado. Disponível em: <<https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/40297>>. Acesso em: 10 set. 2020.



## O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A EXECUÇÃO PENAL: UMA QUESTÃO HUMANITÁRIA

Marco Antonio Casal Oliveira

Graduado pela Universidade Candido Mendes – Campus Ipanema. Pós-graduado em Direito Processo Penal e Criminologia pela Universidade Candido Mendes. Advogado.

**Resumo** – A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, conhecida como a Reforma do Judiciário, implementou no ordenamento jurídico algo que seria uma solução para a mora dos processos nos Tribunais do país. Ao inserir a duração razoável do processo no rol dos direitos e garantias individuais, a chama da esperança de um Judiciário mais célere reacendeu em aqueles que militam diariamente no cotidiano forense. Contudo, o que parecia ser uma solução simples, não foi concretizado na prática. O presente trabalho expõe, mediante a apresentação de conteúdo doutrinário e jurisprudencial, que a inobservância desse princípio durante a fase de Execução Penal implica em diversas violações à lei que rege o instituto, a Lei nº 7.210/84. Há, ainda, fortes críticas à realidade carcerária brasileira sob a ótica da criminologia.

**Palavras-chave** – Duração Razoável do Processo. Execução penal. Criminologia. Direitos Humanos.

**Sumário** – Introdução. 1. A emenda constitucional nº 45 de 2004 e a duração razoável do processo no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Reflexões sobre o cumprimento de pena na humanidade e a realidade brasileira. 3. Os aspectos sociológicos da pena privativa de liberdade e a criminologia. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico busca uma reflexão sobre a aplicação da duração razoável do processo, este um princípio expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, e a Execução Penal, a última fase do processo penal.

No ano de 2004, após incansáveis esforços de juristas, foi aprovada a Emenda Constitucional n.45, que introduziu o princípio da duração razoável do processo no rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Consolidou-se no ordenamento jurídico, assim, a orientação sobre o tema presente nas convenções internacionais sobre direitos humanos.

É certo que o princípio deve ser observado nas relações processuais. Na esfera criminal, porém, aquele merece atenção especial por parte do julgador, pois, quando não observado, afeta diretamente a dignidade da pessoa humana.

Em linhas gerais, por ser uma garantia fundamental, pode-se afirmar que há o reconhecimento de um direito subjetivo a um processo a um processo célere, no qual impõe-se ao Poder Judiciário, essencialmente, a adoção de medidas destinadas à diligente prestação jurisdicional.

A doutrina processualista fala pouco sobre o instituto. O problema da espera, que reflete diretamente na dignidade daqueles que estão encarcerados, muitas vezes é negligenciada pelos operadores do direito que atuam nos órgãos de execução, mas somente pelos atores responsáveis pela defesa.

Busca-se, então, fazer uma análise teleológica do princípio da duração razoável do processo e a sua eventual concomitância com o instituto da Execução Penal que, em que pese não seja específico do instituto, deve ser observado como garantia da dignidade humana.

No primeiro capítulo, pretende-se compreender, por meio da abordagem histórica, como é tratado pela doutrina o princípio da duração razoável do processo, tanto no ordenamento jurídico pátrio como nos modelos alienígenas, de modo a assentar as bases do que é e como pode ser aplicado aos processos criminais.

No segundo capítulo é feita uma análise do início do cumprimento de pena no Mundo, bem como aspectos atuais da Execução Penal no ordenamento jurídico brasileiro. No terceiro, objetiva-se discorrer sobre os aspectos finalísticos da pena sob a ótica da criminológica, com enfoque na criminologia crítica.

A proposta é encaminhar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, já que o pesquisador identificou um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o problema aqui apresentado.

A abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, já que o pesquisador pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese, agora afim com a recente decisão da Corte Maior brasileira.



## 1. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04 E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A ideia de promover uma prestação jurisdicional rápida e eficiente tornou-se um desafio para todos os atores presentes nas lides cotidianas dos nossos tribunais. É sabido que, geralmente, todas as partes envolvidas almejam uma solução rápida para o conflito, ainda que o resultado lhe seja desfavorável. Porém, constata-se que o objetivo é utópico, pois o problema de um processo demorado extrapola o contexto jurídico das serventias e dos Tribunais.

No cotidiano popular, diz-se que o mal do século XXI é a falta de tempo. Com avanços tecnológicos que encurtam cada vez mais a sua relação com seus semelhantes, tanto nas relações íntimas como nas relações profissionais, o homem moderno se acostumou a encarar o relógio como um vilão da sua produtividade, ao passo que a lógica competitiva do mercado de trabalho o sufoca diariamente por resultados positivos.

Com isso, hodiernamente, exige-se soluções rápidas e satisfatórias nomeio empresarial, afinal, este é pautado sob a regra “tempo é dinheiro”. De igual maneira, o Judiciário teve que obedecer ao mesmo padrão, em razão da natureza pecuniária de boa parte dos conflitos que locupletam às serventias judiciais brasileiras.

Aqueles que pensam que a mora nos processos se trata de um problema tipicamente brasileiro estão equivocados. No plano internacional, a comunidade jurídica preocupou-se em (ao menos tentar) superar a demora na resolução das questões que se submetem a sua jurisdição.

Houve muito esforço da comunidade jurídica internacional para tentar sanar este problema, mediante a assinatura de diversos protocolos internacionais por diversos países. Destes, talvez o mais relevante para a República Federativa do Brasil tenha sido o Pacto de San Jose da Costa Rica, presente na Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1969.

A Corte Interamericana de Direitos, ao analisar o Caso Suárez Rosero vs Equador<sup>1</sup>, conseguiu estabelecer parâmetros para a correta aplicação. Ao tratar do assunto, aquela Corte baseou-se na violação do art. 8.1 da Convenção Americana e concluiu que os critérios orientadores para a definição no caso concreto são: a) complexidade do assunto, b) a atividade

---

<sup>1</sup> COSTA RICA. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Suárez Rosero vs Equador. Presidente Antônio A. Cançado Trindade. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2020.

processual do interessado e c) a conduta das autoridades judiciais. Com efeito, em razão da demora de mais de 50 meses para encerrar o procedimento, a Corte decidiu

No Brasil, há muito se fala de um Judiciário lento. Impossível dimensionar desde quando isso ocorre, mas as reclamações da notória “justiça demorada” encontram espaço até na população que não exerce qualquer função diretamente relacionada à área jurídica. Após a inserção no ordenamento jurídico brasileiro de um tratado internacional que menciona expressamente o princípio da duração razoável do processo<sup>2</sup> como uma obrigação da República Federativa do Brasil, viu-se uma luz no fim do túnel. Parecia, enfim, que o problema ia ser solucionado.

Todavia, não foi o que ocorreu. Não obstante grandes avanços, o Judiciário nacional ainda sofre com demandas extenuantes, que não raro ultrapassam o tempo de vida das partes envolvidas. O Brasil experimentou um triste caso onde a duração razoável do processo não foi observada e gerou grande repercussão no cenário internacional, foi o caso da tentativa de homicídio perpetrada por Marco Antônio Heredia Viveiros, marido da vítima Maria da Penha Maia Fernandes.

Em apertada síntese, o marido da vítima Maria da Penha Maia Fernandes, foi denunciado no dia 28 de setembro de 1984 pelo crime de tentativa de homicídio qualificado e lesões corporais graves contra a esposa e condenado em 1991. A defesa apelou da sentença, alegando nulidade do julgamento já que os quesitos não foram elaborados de forma correta. A apelação foi provida e o réu foi novamente submetido ao júri em março de 1996 e condenado a 10 anos e 6 meses de prisão. Interpostos todos os recursos possíveis, somente 19 anos após a prática dos fatos, o marido foi recolhido à prisão<sup>3</sup>. A vítima, em situação de extrema vulnerabilidade em razão da violência sofrida, foi indiscutivelmente revitimizada ao aguardar por quase duas décadas a punição do seu algoz.

Para além da análise das questões processuais e demérito, pergunta-se, como ficou o psicológico dessa vítima ao aguardar tantos anos à espera do recolhimento do agressor à prisão? E os familiares da vítima? Essas, certamente, são perguntas retóricas.

---

<sup>2</sup> CADH. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2020.

<sup>3</sup> FIORATTO, Débora Carvalho. Efetividade do processo e/ou razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Rio de Janeiro. UERJ, v. 9, n. 9, janeiro/junho. 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20370>>. Acesso em: 17 mar. 2020.



Nos casos em que se busca uma resposta rápida também há brechas para diversos erros do ponto de vista processual, assim como sobre o mérito. O grande processualista José Carlos Barbosa Moreira<sup>4</sup> adverte:

[...]Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem. Mas não a qualquer preço. [...]

Com o intuito de tentar sanar esse obstáculo, a Emenda Constitucional nº 45 foi aprovada em 2004. Na sua exposição de motivos constava: “A Justiça brasileira é cara, morosa e evitada de senões que são obstáculos a que os jurisdicionados recebam a prestação que um Estado democrático lhe deve”<sup>5</sup>. Não se trata, pois, de buscar um culpado pelo problema. Sabe-se que se trata de algo sistemático, estrutural no sistema judicial brasileiro, notadamente devido às excessivas demandas que lhe são apresentadas diariamente.

Conforme alertou o renomado professor, quando perquirida a solução rápida a qualquer custo, a justiça tende a falhar. No âmbito criminal, o preço é caro, porque ocorre, inevitavelmente, a supressão de diversos direitos e garantias individuais. Tais fatos, por si só, acarretam consequências irreversíveis ao acusado. Viu-se, portanto, a necessidade de reformular o histórico problema da mora no sistema de justiça brasileiro.

Na análise da (caótica) realidade carcerária brasileira, nota-se que o problema está longe de ser solucionado. Um sistema carcerário que comporta um contingente de mais de 700.000 pessoas, em sua maioria jovens negros das regiões periféricas com baixa escolaridade<sup>6</sup>, apenas demonstra que o direito penal, mais do que nunca, funciona como válvula de escape para os problemas socio-econômicos do Brasil.

Dentro desse contingente, estima-se que 40% dos presos são provisórios<sup>7</sup>. Daí surgem alguns questionamentos: Como é feito o juízo exercido sobre a suposta autoria e materialidade? Será que esses 40% de presos provisórios possuem direito a uma prestação jurisdicional célere? Qual seria a causa determinante da mencionada demora? Essas perguntas impulsionam as reflexões daqueles que estudam o sistema carcerário.

<sup>4</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, ano 4, nº 8, 1º semestre/2000, p. 6-15.

<sup>5</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*, de 01 de maio de 1992. Exposição de Motivos, Brasília, 1/5/1992. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html>. Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>6</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o Infopen, traz dados consolidados*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 18 jul. 2020.

<sup>7</sup> Ibid.

## 2. REFLEXÕES SOBRE O CUMPRIMENTO DE PENA NA HUMANIDADE E A REALIDADE BRASILEIRA

É difícil precisar quando a privação da liberdade se tornou uma forma de punir o agente que cometia um delito. Nos relatos bíblicos, a aplicação de uma pena se inicia com a desobediência de Adão e Eva a Deus, quando o casal arrancou da árvore o fruto proibido e provou-o contra a vontade do altíssimo<sup>8</sup>. Mais tarde, Caim, com ciúmes da relação de Deus com seu irmão, Abel, matou-o de forma desleal<sup>9</sup>. Neste período da história, as noções de pecado e crime se confundiam; o crime cometido servia de escusa para a prática de arbitrariedades como a imposição de penas físicas e de confisco de bens do acusado<sup>10</sup>.

Antes da Era Cristã, o Rei da Babilônia, Hamurabi, já lecionava sua “Lei de Talião”, conhecida ser a primeira compreensão de Justiça em retribuição direta ao mal causado pelo agente. Porém, à medida que era utilizada, cada vez mais a ideia de “justiça” transformava-se em verdadeira vingança privada, tendo em vista as parcas noções de proporcionalidade na aplicação de pena vigentes à época.

No Direito Romano<sup>11</sup>, havia a divisão entre crimes públicos e privados. Estes subsistiam nas relações privadas, como simples fontes de obrigações e aqueles consistiam em crimes contra o Estado – conspiração política e traição – e o homicídio, todos puníveis com pena de morte. Para os romanos, a privação da liberdade era comumente utilizada para a custódia do indivíduo que aguardava julgamento.

Na Idade Média, sob influência do Direito Germânico, havia duas formas diferentes de prisão: a prisão de Estado e a prisão eclesiástica<sup>12</sup>. Na primeira, o soberano fazia valer o seu poder ao punir aqueles que ameaçavam sua autoridade, e subdividia-se em duas modalidades: a prisão-custódia, na qual o réu aguardava a execução da pena aplicada, por exemplo, a pena de morte, ou o réu apenas ficava detido aguardando o perdão do Rei. A segunda, por sua vez, era prisão eclesiástica, ligada à tradição católica. Esta se destinava aos clérigos rebeldes e

---

<sup>8</sup> Na obra, o autor expõe uma passagem bíblica no Livro Gênesis, capítulo 3, versículo 8, que conta a história de Adão e Eva no paraíso. GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.125.

<sup>9</sup> No mesmo sentido, o autor cita uma outra passagem da bíblia cujo roteiro retrata o trágico destino dos irmãos Caim e Abel, filhos de Adão e Eva. Ibid.

<sup>10</sup> SILVA, Alexandre Calixto da. *Sistemas e regimes penitenciários no direito penal brasileiro: uma síntese histórico/jurídica*. 2009. 112 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2009.

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 409.

<sup>12</sup> Ibid., p. 411.



caracterizava-se pela ideia de penitência, no qual o infrator, cujo crime era tratado como um ataque a Deus.

Com o advento dos movimentos iluministas na Europa, algumas premissas sobre o modo de cumprimento da pena foram superadas. Ao menos entre os estudiosos do direito penal como Cesare Beccaria, percebeu-se que as penas severas aplicadas aos condenados não possuíam o poder de inibir que outros cidadãos em iguais condições também praticassem. Conhecido mundialmente por sua obra “Dos delitos e das Penas”, o autor revolucionou o Direito Penal ao criar princípios que, em última análise, cumpriam o papel de contenção do poder punitivo do Estado, representado na pessoa do Soberano.

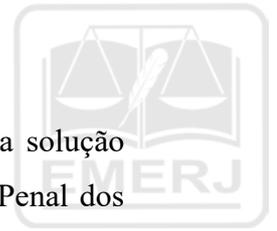
No Brasil, desde a publicação do Decreto-lei 2.848, que instituiu o Código Penal no dia 07 de dezembro de 1940, não havia disposições específicas sobre direito penitenciário. Somente em 1941, com o surgimento do Livro IV do Código de Processo Penal, que foi consolidado na legislação brasileira um capítulo exclusivo para execução da pena privativa de liberdade e medida de segurança<sup>13</sup>. Desde a criação da legislação até a efetiva consolidação nos dias atuais, o Brasil e o mundo sofreram diversas modificações políticas, econômicas e sociais que, inevitavelmente, influenciaram a nova área das ciências penais.

A exposição de motivos nº 211 de 9 de maio de 1983, que justificou a alteração feita no Código Penal pela Lei nº 7.209/84, procurou-se aperfeiçoar a política criminal vigente com novos ditames da acepção de cumprimento de pena privativa de liberdade, à luz dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Foi colocado em prática, naquele momento, anos de estudos dedicados aos malefícios do grande encarceramento<sup>14</sup>, com o intuito de implementar ideias progressistas para contê-lo.

A autores como Julio Mirabete e Guilherme Nucci agasalharam os princípios penais e outros específicos de Execução Penal como forma de eliminar ou diminuir diversas formas de arbitrariedades cometidas no cárcere. Há, porém, um abuso que não ocorre nos estabelecimentos prisionais, mas influi diretamente no cotidiano destes. Trata-se da mora excessiva na solução das demandas de Execução Penal que chegam ao Judiciário.

<sup>13</sup> ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. *Revista Liberdades*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 17, set. /dez. 2014. Disponível em: < <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/459/7395>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>14</sup> BRASIL. *Exposição de Motivos da Lei nº 7.209*, de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de julho de 1984, p.14.



Ao deixar de lado a teoria, surge uma indagação prática: como impor uma solução rápida aos mais de 1,5 milhão de processos<sup>15</sup> que correm nas Varas de Execução Penal dos estados brasileiros? O objetivo soa utópico, porém, não se pode desprezar os compromissos que a República Federativa do Brasil assumiu em âmbito internacional no tocante às garantias processuais à proteção da pessoa acusada. O arcabouço de normas é extenso, mas, por outro lado, há demasiada relutância em aplicá-las.

Para Adhemar Raymundo<sup>16</sup>, a Constituição de 1988 instituiu o dever jurídico-constitucional de minimização de danos, por exemplo, a flexibilização das regras do regime de cumprimento de pena, permitindo a imposição de regime menos gravoso não em razão do disposto na lei, mas em virtude da necessidade de imposição de pena para cada indivíduo.

A República Federativa do Brasil, como país membro da Organização das Nações Unidas, ratificou diversos protocolos mundiais elaborados para ampliar a proteção aos acusados e encarcerados. Nesses documentos foram estabelecidas diretrizes a alguns dos Estados-membros para revigorar a babélica situação carcerária, por meio das Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal<sup>17</sup>. O princípio 38 do documento dispõe que um indivíduo detido sob acusação criminal deverá ter direito a julgamento dentro de um prazo razoável ou a aguardar julgamento em liberdade.

Há, ainda, algumas regras que não foram positivadas no ordenamento jurídico, mas são utilizadas como recomendações. A Assembleia Plenária da Cúpula Judicial Ibero-Americana aprovou as Regras De Brasília sobre Acesso À Justiça Das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, ou somente “100 Regras de Brasília”. No art. 38, o documento dispõe que deverão ser tomadas as medidas necessárias para evitar atrasos na tramitação das causas, garantindo a pronta resolução judicial, assim como uma execução rápida da sentença<sup>18</sup>.

Os tratados internacionais, após o trâmite nas instâncias legislativas, possuem força normativa no ordenamento jurídico brasileiro. Pela análise feita no presente trabalho, é possível concluir, portanto, que o Brasil, rotineiramente reafirma seu compromisso perante a

---

<sup>15</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Sistema brasileiro para execução penal é reconhecido pelas Nações Unidas*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-brasileiro-para-execucao-penal-e-reconhecido-pelas-nacoes-unidas/>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>16</sup> SILVA apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 69.

<sup>17</sup> CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE A PREVENÇÃO AO CRIME E JUSTIÇA CRIMINAL (CPCJC), XII, 2010, Salvador. Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal. Brasília: Artcor, 2010.

<sup>18</sup> CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, XIV, 2008, Brasília. Regras De Brasília Sobre Acesso À Justiça Das Pessoas Em Condição De Vulnerabilidade. Brasília: Sector Justicia, 2008.



comunidade internacional de aperfeiçoar as políticas criminais que visam conter os danos do sistema carcerário.

Ao mesmo tempo em que a República Federativa do Brasil celebra diversos tratados nesse sentido, o Poder Judiciário é sempre apontado como principal responsável pelo problema, na medida em que este é o responsável pela solução dos conflitos. Deve-se ter em mente que o problema vai muito além das lides que diariamente chegam aos Tribunais.

É difícil imaginar uma solução processual para o problema das Cortes assoberbadas de processos e, especificamente, para a mora, na solução de questões incidentais da Execução Penal. Por outro lado, deve-se levar em conta o descompasso do direito processual brasileiro com as diretrizes estabelecidas pela Corte Americana de Direitos Humanos<sup>19</sup> nas quais o Brasil anuiu. Por isso, não basta apenas observar o princípio na fase de conhecimento, mas em todas as fases do Processo Penal.

Deve ser feita, ainda, uma alteração na Lei de Execuções Penais para incluir o princípio da duração razoável do processo, acompanhada de uma punição àqueles que contribuem com a mora. Essas medidas contribuirão para a solução de questões de execução penal e, conseqüentemente, trarão impactos positivos na superlotação carcerária.

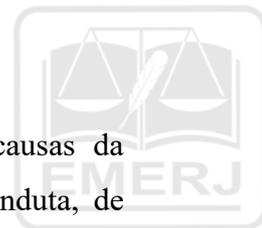
### 3. OS ASPECTOS SOCIOLÓGICOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A CRIMINOLOGIA

Desde as primeiras civilizações o homem se empenha para achar respostas sobre diversos questionamentos acerca da sua origem. Assim como os cientistas, os estudiosos das ciências criminais também perseguem respostas sobre as condutas criminosas e as conseqüências sociais que lhe são inerentes. Para isso, viu-se a necessidade de criar uma vertente paralela ao estudo do Direito Penal, a criminologia.

Por volta do século XIX, a criminologia como vertente de estudo para o fenômeno da criminalidade, baseada nas ciências empíricas. Nesse momento, houve a ruptura com as antigas crenças religiosas e objetivou-se a busca pela verdade científica. Para isso, as escolas criminológicas valeram-se de um arcabouço interdisciplinar das ciências humanas como Sociologia, Economia, Psicologia, antropologia e outras além do estudo jurídico para compreender o comportamento criminoso nos seres humanos<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.91.

<sup>20</sup> SUMARIVA, Paulo. *Criminologia: Teoria e prática*. Niterói: Impetus, 2014, p. 18.



Esse novo objeto de estudo tem por função precípua diagnosticar as causas da criminalidade, preveni-las e interferir de modo eficaz naquele que praticou a conduta, de modo que não volte a delinquir. Trata-se, pois, de uma ciência imprescindível para nortear qualquer Política Criminal, que deve levar em conta os aspectos sociais, culturais e econômicos da sociedade.

Com inspiração nas ideias iluministas, a Escola Clássica foi a primeira vertente da criminologia, capitaneada pelo italiano Francesco Carrara, cuja influência decorre da obra “Dos delitos e das Penas” do também italiano Cesare Beccaria<sup>21</sup>, crítico do direito penal absolutista, baseado em processos inquisitórios e arbitrários pelos monarcas.

Com efeito, nesse sentido, a pena exerce a função utilitarista, cuja ideia central era a retribuição suficiente e proporcional ao crime praticado pelo agente. Portanto, conclui-se que a Escola tinha como objeto de estudo o crime em si, baseada na ideia de livre-arbítrio de cada indivíduo praticar ou não um crime.

Após, a criminologia avançou para estudos científicos-antropológicos com a finalidade de desvendar a origem do crime e assim foi criada a Escola Positivista. Esta abandonou a visão centrada no crime e passou a analisar o criminoso. Um dos maiores expoentes da Escola, o médico-legista italiano Cesare Lombroso utilizou-se de critérios das ciências exatas e biológicas para tentar explicar o desvio cometido pelos agentes, o “criminoso nato”, que para o autor possuía características próprias. A teoria para a utilização do método científico-empírico na construção de uma teoria que explicasse a criminalidade<sup>22</sup>.

No início do século XX, a Terceira Escola Italiana de criminologia emergiu com os autores Bernardino Alimena e Manuel Carnevale. Essa Escola, baseada nas teorias causalistas, atribuía a responsabilidade ao indivíduo por meio do livre-arbítrio, contudo, ao mesmo tempo a Escola baseava-se na ideia de reforma social como imperativo do Estado para combater a criminalidade<sup>23</sup>. Em outras palavras, buscava-se a retribuição para o condenado que praticou o delito e a premissa de justiça social para evitar futuros delitos.

Com o aperfeiçoamento teórico do estudo da criminologia, surgiu nas décadas de 20 e 30 diversas teorias que buscavam ampliar a abordagem sociológica da criminalidade. Diante disso, a Escola de Chicago utilizou como método da pesquisa os comportamentos nas grandes metrópoles, nas quais as mais diversas culturas se misturavam. A Escola foi responsável pela

---

<sup>21</sup> Ibid., p.21.

<sup>22</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos, Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

<sup>23</sup> SUMARIVA, op.cit., p.27.



criação de diversas teorias para explicar a criminalidade, mas uma merece destaque, a Teoria das Janelas Quebradas<sup>24</sup>.

Para essa teoria, a existência de um ambiente com pequenos delitos favorecia a prática de outros delitos mais graves, o que justificava as políticas de tolerância zero em determinadas localidades a fim de evitar que determinado local se torne uma “zona de concentração de criminalidade”. Com isso, nasceu a ideia de tolerância zero no combate ao crime, cuja base para o enfrentamento à criminalidade urbana seria reprimir, num primeiro momento, os delitos menores<sup>25</sup>.

Para o professor alemão Peter Albrecht<sup>26</sup>, essa teoria cria o chamado direito penal simbólico que sacrifica direitos do Homem e do cidadão em prol de uma suposta política de aumento da segurança que nunca ocorreu de fato. Ademais, segundo o autor nasceu a ideia na dogmática do direito penal para punir as condutas omissivas com base na quebra da posição de garante<sup>27</sup>.

Para diferenciar essa teoria, Edwin Sutherland avançou para a teoria da associação diferencial<sup>28</sup>. Para o autor, o ato de cometer um desvio está diretamente ligado ao meio que o criminoso está inserido, nas relações familiares, com as suas amizades ou no meio de trabalho<sup>29</sup>. Não há, portanto, uma disfunção naqueles que pertencem às classes menos favorecidas.

O sociólogo americano foi o primeiro a observar a “criminalidade do colarinho branco” na qual participavam grandes empresários e acionistas de Wall Street. Vigorava, nessa época, uma grande disparidade entre as estatísticas oficiais sobre a criminalidade econômica e a criminalidade dita comum, em razão de a primeira conduta ser praticada majoritariamente por pessoas ocupantes de posições sociais de grande prestígio<sup>30</sup>.

Na década de 1970, surgiu a chamada criminologia crítica, na qual se baseia numa lógica marxista. Essa teoria dispõe que numa sociedade onde há classes sociais profundamente desiguais, há um desejo da classe economicamente dominante de exercer o controle sobre os menos abastados por meio do domínio dos modos de produção<sup>31</sup>.

---

<sup>24</sup> Ibid., p. 34.

<sup>25</sup> Ibid., p. 35.

<sup>26</sup> ALBRECHT, op. cit., p.7.

<sup>27</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Campus, 2011, p. 167.

<sup>28</sup> SUMARIVA, op.cit., p. 47.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 65.

<sup>31</sup> SUMARIVA, op.cit., p. 40.

Para essa teoria, diante de interesses antagônicos onde uma parte da sociedade submete-se à demasiada exploração e a outra que somente almeja o lucro diante mediante essa exploração.

Com base na teoria marxista do direito, os adeptos da criminologia crítica afirmam que a ideologia penal da defesa social, cuja premissa atribui aos cidadãos igualdade perante a lei penal e, portanto, as mesmas sujeições e sanções em caso de punição em caso de transgressão, não constitui, de fato, um direito igual por excelência, mas de verdadeiro processo de criminalização de determinados grupos<sup>32</sup>, na medida em que a igualdade jurídica (formal) não está em sintonia com a igualdade substancial.

Sob a perspectiva econômica neoliberal, surge a necessidade de controlar o “excedente” de mão de obra que sofre com escassez no mercado de trabalho<sup>33</sup>. Com efeito, as classes privilegiadas, que possuem grande influência política, utilizam o direito penal para privilegiar os interesses destas, bem como para conter a massa dos “indesejáveis” que não gozam dos mesmos privilégios sociais daquela classe. Assim, do conflito entre ambas, há, por consequência, aumento da quantidade de penas privativas de liberdade e de condutas criminosas, sobretudo nos crimes patrimoniais.

Diante desse contexto, com enfoque do direito penal sobre as camadas mais políticas e economicamente vulneráveis, a superlotação carcerária torna-se inevitável. Esse fato, por si, vai de encontro ao que foi estabelecido na legislação brasileira, que prevê no art. 1º da Lei nº 7.210/84 que a Execução Penal tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

As teorias criminológicas colacionadas contribuem para reflexões sobre o fenômeno da criminalidade; todavia, não buscam soluções. O que parece ser solucionado com novas leis, ou o agravamento destas, em verdade, demanda a reestruturação de diversos setores envolvidos nos rumos da política criminal do país. Ademais, conforme leciona Rogério Greco<sup>34</sup>, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado, portanto, deve-se levar em conta outros fatores que vão além de leis mais repressoras.

O STF reconheceu na ADPF 347<sup>35</sup>, no ano de 2015, em sede repercussão geral, que o sistema carcerário brasileiro vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”, ou seja, há um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais nesses estabelecimentos

---

<sup>32</sup> BARATTA, op. cit., p. 162.

<sup>33</sup> Ibid., p. 165.

<sup>34</sup> GRECO, op. cit., p. 544.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 14 mai. 2021.



causados pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura.

Na ocasião, constatou-se o contingenciamento orçamentário pela União, no ano de 2013, para o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, criado pela Lei Complementar nº 79/1994, e regulamentado pelo Decreto nº 1.093/1994 para o financiamento de medidas e programas voltados à modernização e humanização do sistema prisional brasileiro. Detectou-se, ainda, demasiada burocracia da União em repassar recursos aos demais entes federativos de um fundo, ressalte-se, destinado exclusivamente para melhorias no sistema carcerário.

Nos termos do voto do Relator Ministro Marco Aurélio, como consequência dessa omissão, os presos ficam submetidos a condições subumanas como celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável e a falta de produtos higiênicos básicos<sup>36</sup>. Esses fatos implicam diretamente no aumento da violência nos estabelecimentos prisionais como homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado<sup>37</sup>.

Na verdade, a histórica ADPF atestou a realidade brasileira conhecida por muitos, mas observada e criticada por poucos. A realidade carcerária brasileira é uma constante violadora de garantias fundamentais, onde são tolhidos diversos direitos além da liberdade de locomoção.

Conforme foi mencionado na ação, os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social<sup>38</sup> e estes, quando submetidos às péssimas condições expostas, não conseguem ser inseridos na sociedade, tampouco no mercado de trabalho para buscar melhores condições de vida.

Na realidade latino-americana, onde a mentalidade colonizadora ainda prevalece, deve-se superar a lógica de dominação do grupo mais influente sobre o mais vulnerável social e economicamente, onde predomina o discurso de um retribucionismo pouco explicado<sup>39</sup> para corrigir as mazelas de uma grande minoria marginalizada e refém das fragilidades do sistema econômico vigente.

---

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 115.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho trouxe ao leitor, por meio de estudos doutrinários e jurisprudenciais, como se aplica o princípio constitucional da duração razoável do processo no âmbito da Execução penal, onde ocorrem diversas violações à dignidade humana em razão da teratológica realidade carcerária brasileira.

A abordagem sobre o tema da duração razoável do processo é comumente restrita aos aspectos acadêmicos. O autor, contudo, propôs exaurir o tema em conjunto com a realidade penal do Brasil, que encontra seu maior expoente após a sentença condenatória na execução penal, quando o Estado exerce, de fato, o seu poder punir o cidadão.

Para isso, no primeiro capítulo, houve a preocupação em exaurir o tema da duração razoável do processo. Em um primeiro momento, foi necessário pesquisar o aspecto histórico do princípio no âmbito do direito internacional que deu origem ao Projeto de Emenda à Constituição nº 45, que ficou conhecido como a Reforma do Judiciário. O autor utilizou-se também, brevemente, do direito comparado para explicar como o tema é visto pelos ordenamentos jurídicos alienígenas, estes que inspiraram o legislador a implementá-lo no nosso direito.

Conforme foi explicitado no segundo capítulo, a realidade do Judiciário brasileiro continua conturbada, em que pese importantes mudanças que foram implementadas, e essa dura realidade é ampliada quando se trata de processos criminais. Nesse sentido, foram apresentadas diversas críticas doutrinárias de notórios processualistas brasileiros, sobretudo daqueles que atuam no cotidiano do processo criminal.

Como foi mencionado, a pesquisa não tem a pretensão de limitar-se ao âmbito acadêmico e, por isso, foram colacionados no segundo capítulo diversos dados estatísticos sobre a situação carcerária do país, assim como casos reais de violações de direitos humanos nos quais o Brasil, lamentavelmente, foi condenado. Ao final, foram levantadas algumas reflexões sobre a realidade carcerária brasileira à luz da criminologia.

Assim, conclui-se com a pesquisa realizada que o princípio da duração razoável do processo, ainda que não previsto taxativamente na Lei 7.210/84, deve ser considerado como um princípio específico da Execução Penal. Ainda que previsto como um princípio eminentemente do processo civil, este deve ser considerado também na fase de Execução Penal como forma de preservar o devido processo legal e, como consequência, a dignidade da pessoa humana, pois a sua inobservância afeta não apenas a marcha processual, mas também diretamente nas agruras do cumprimento de pena no Brasil.



## REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos, Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. *Revista Liberdades*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 17, set. /dez. 2014. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/459/7395>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Sistema brasileiro para execução penal é reconhecido pelas Nações Unidas*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-brasileiro-para-execucao-penal-e-reconhecido-pelas-nacoes-unidas/>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 45*, de 01 de maio de 1992. Exposição de Motivos, Brasília, 1/5/1992. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Exposição de Motivos da Lei nº 7.209*, de 11 de julho de 1984. Diário oficial da União, Brasília, DF, 13 de julho de 1984.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o Infopen, traz dados consolidados*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 18 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14 mai. 2021.

CADH. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2020.



CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, XIV, 2008, Brasília. *Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade*. Brasília: Sector Justicia, 2008.

CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE A PREVENÇÃO AO CRIME E JUSTIÇA CRIMINAL (CPCJC), XII, 2010, Salvador. *Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal*. Brasília: Artecor, 2010.

COSTA RICA. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Suárez Rosero vs Ecuador. Presidente Antônio A. Cançado Trindade. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027\\_b36a1b165182f6.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027_b36a1b165182f6.pdf)>. Acesso em: 18 jul. 2020.

FIORATTO, Débora Carvalho. Efetividade do processo e/ou razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Rio de Janeiro. UERJ, v. 9, n. 9, janeiro/Junho. 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20370>>. Acesso em: 17 mar. 2020.

GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, ano 4, nº 8, 1º semestre/2000, p. 6-15.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Alexandre Calixto da. *Sistemas e regimes penitenciários no direito penal brasileiro: uma síntese histórico/jurídica*. 2009. 112 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2009.

SUMARIVA, Paulo. *Criminologia: Teoria e prática*. Niterói: Impetus, 2014.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Campus, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.



## MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS PELA ANVISA: FORNECIMENTO PELO ESTADO EM CARÁTER EXCEPCIONAL OU DIREITO SUBJETIVO DO PACIENTE

Natália Victoriano Pimenta Monios

Graduada pela Universidade do Planalto Catarinense.

**Resumo** – O direito à saúde é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal a todos os cidadãos. Para tanto, cabe ao Estado a implementação de políticas públicas, a fim de oferecer assistência médica e tratamentos necessários à existência digna dos cidadãos. No entanto, embora o Estado tenha o dever de prover o necessário na tutela do bem estar físico, mental e social da população, não pode ser compelido a oferecer qualquer medicamento sem o registro da ANVISA. O objetivo desse trabalho é demonstrar os prejuízos do fornecimento de medicamentos sem o registro da ANVISA e determinar os critérios baseados na jurisprudência, para seu fornecimento.

**Palavras chave** – Direito Constitucional. Direito à saúde. Medicamentos sem registro da Anvisa.

**Sumário** – Introdução. 1. O Estado e o direito fundamental à saúde: Uma dissonância entre o projeto constitucional e a atuação do poder executivo. 2. Os limites da relação jurídica obrigacional entre Estado e indivíduo no fornecimento de medicamentos e a busca pela tutela jurisdicional. 3. A intervenção do judiciário no fornecimento de medicamentos sem registro da Anvisa e a criminalização prevista no §1º B do art.273 do Código Penal. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O direito à saúde previsto no art.196 da Constituição Federal foi elevado a direito fundamental máximo, indissociável à proteção da dignidade humana e assegurado a todos em caráter universal. Nesse cenário, coube aos entes federativos a criação e a implementação das políticas sociais e econômicas na área da saúde, porém nos casos em que essa prestação não se concretiza, surge a judicialização do direito à saúde.

Este artigo propõe discutir sobre o dever do Estado, no que tange ao fornecimento de medicamentos sem registro da Anvisa. Para isso, faz-se necessário o enfrentamento de questões referentes ao projeto constitucional de saúde universal e os limites da atuação Estatal.

Há situações em que o cidadão, diante de problemas de gestão da Administração Pública, quando esta não fornece medicamentos ou tratamentos, tem a necessidade de pleiteá-los judicialmente, no entanto, em algumas situações, o Estado deixa de garantir a prestação de medicamentos por impedimentos legais. Nesses casos, está configurado um direito subjetivo do cidadão ou há parâmetros para o Estado fornecê-los?



Diante desses questionamentos, busca-se discutir, à luz da legislação e da jurisprudência, se é possível o custeio de medicamentos, na maioria dos casos, de alto custo, sem eficácia comprovada e sem o controle de riscos para o paciente, em detrimento de uma coletividade dependente do combalido SUS (Sistema Único de Saúde).

Inicia-se o primeiro capítulo abordando o direito fundamental à saúde e a atuação do Estado para a concretização desse direito. Serão também analisadas a intenção do legislador e as falhas do poder executivo na prestação da saúde.

Continua-se no segundo capítulo debatendo os limites da relação jurídica obrigacional entre Estado e indivíduo no fornecimento de medicamentos e a busca pela tutela jurisdicional pelos indivíduos que acreditam ter o direito subjetivo público.

O terceiro capítulo trata sobre a intervenção do Judiciário na prestação de fármacos sem o registro da ANVISA e faz uma análise da jurisprudência do STF sobre o tema.

A metodologia será pautada em pesquisa qualitativa embasada em procedimentos bibliográficos, na legislação vigente, na jurisprudência e nos princípios gerais do Direito e nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

## 1. O ESTADO E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: UMA DISSONÂNCIA ENTRE O PROJETO CONSTITUCIONAL E A ATUAÇÃO DO PODER EXECUTIVO

O direito fundamental à saúde está previsto no art. 196 da Constituição Federal<sup>1</sup>. Classificado como direito da segunda dimensão, quando o Estado se responsabiliza pela sua concretização, a fim de assegurar uma vida digna para o cidadão. Eles também são reconhecidos como garantias positivas do exercício da liberdade.

Segundo Canotilho e Vital Moreira<sup>2</sup>, o direito à saúde comporta duas vertentes: uma de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde, outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas.

Nessa intenção, o legislador constituinte aprovou salvaguardar direitos sociais que vinculam o poder público, como se depreende do texto do art. 196 da Constituição Federal<sup>3</sup>, a

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). > Acesso em: 13 set. 2020.

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital apud SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 309.

<sup>3</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



qual dispõe que o Estado tem o dever de garantir o acesso universal à saúde mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos.

Desse modo, há um dever do Estado de promover políticas públicas sociais e econômicas no que concerne à saúde, a fim de dar uma efetiva prestação ao cidadão, seja por meio de medidas de proteção do meio ambiente, criação de saneamento básico, pela oferta de adequada rede médica e hospitalar ou pelo fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento do paciente.

Nas lições de Gilmar Ferreira Mendes<sup>4</sup>, a concretização dos direitos e garantias às liberdades exige, não raras vezes, a edição de atos legislativos, de modo que eventual inércia do legislador pode configurar afronta a um dever constitucional de legislar.

A Constituição Federal com o objetivo de garantir o direito básico à saúde para todos de maneira eficaz tratou de estabelecer um modelo de organização e procedimento estabelecido no art. 198<sup>5</sup>, com ações e serviços públicos de saúde que integrem uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de forma descentralizada, com direção em cada esfera de governo, voltado ao atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurando-se a participação da comunidade.

Para tanto foi criado o SUS, o qual tem as suas atribuições estabelecidas no art. 200 da Constituição Federal. A competência de sua atuação foi definida pelo art. 23 da Constituição Federal<sup>6</sup> e incumbe aos três entes da Federação a responsabilidade pela implementação da saúde junto ao indivíduo e à coletividade.

O Brasil, além de ter um sistema público de saúde, também assegura à iniciativa privada a assistência à saúde, de forma complementar, por força do art. 199 da Constituição Federal<sup>7</sup>, contudo, a assistência de saúde privada só consegue atender uma pequena parcela da população, a altos custos e com uma abrangência médico hospitalar restrita em relação ao sistema público de saúde. Dessa forma, não é incomum muitos dos consumidores de plano de saúde necessitarem de atendimento da rede pública.

Gastão Wagner<sup>8</sup>, presidente da ABRASCO (Associação Brasileira de Saúde Coletiva), demonstra em números a situação desse sistema misto de saúde.

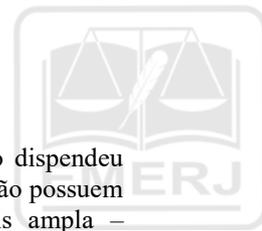
<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 691.

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> CAMPOS, Gastão. *Estratégias para consolidação do SUS e do direito à saúde*. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/outras-noticias/sistemas-de-saude/estrategias-para-consolidacao-do-sus-e-do-direito-a-saude-por-gastao-wagner/27784/>> Acesso em: 15 mar. 2020.



O setor privado brasileiro em 2014, para atender a 25% da população dispendeu 54% do gasto total em saúde no país. O SUS para atender aos 75% que não possuem planos ou seguros privados, com uma oferta de serviços bem mais ampla – medicamentos gratuitos, insulinas, vacinas, cuidado multiprofissional e não somente médico, utilizou apenas 46% do gasto total em saúde.

A Constituição Federal idealizou um modelo que determina ao Estado o implemento de ações que visam ao bem-estar físico, mental e social das pessoas. Dessa feita, o legislador infraconstitucional regulamentou os procedimentos e serviços para o funcionamento do SUS (Sistema Único de Saúde), a fim de que os Entes Federativos, de forma solidária e cooperativa, promovam as condições adequadas para o exercício pleno da saúde. Todavia, o que se vê atualmente é má gestão da saúde do SUS com o sucateamento dos hospitais, a desvalorização dos profissionais da saúde e a escassez de insumos hospitalares.

Para corrigir a disfunção desse sistema, muitos cidadãos têm ido a juízo postular a reparação dos seus direitos, amparado pelo comando das normas constitucionais, seja por meio da tutela individual ou coletiva. Luiz Roberto Barroso<sup>9</sup> ao defender a força normativa constitucional sustenta a “doutrina brasileira da efetividade” movimento jurídico acadêmico a qual procurou tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua efetividade.

É nessa linha que se afirma que as normas constitucionais são dotadas de comandos, as quais uma vez descumpridas, dão ao legitimado ativo a prerrogativa de ir a juízo para a obtenção dos seus direitos. Desse modo, nasce um movimento conhecido como judicialização da saúde quando o judiciário intervém a fim de que à administração pública forneça algum tratamento ou medicamento a alguém.

Ocorre que na realidade do Brasil, intervir na saúde pública exige do magistrado uma ponderação entre o direito à saúde de uma coletividade versus o direito à saúde de um indivíduo a fim de viabilizar a concretização dos direitos fundamentais, sob pena de colocar em risco a implementação de políticas públicas em um cenário de recursos públicos escassos, além dos próprios gastos advindos do processo com o movimento de agentes públicos. Diante da necessidade de subsidiar os magistrados, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), em 30 de março de 2010, publicou a resolução<sup>10</sup> de nº 31, que recomenda aos tribunais a adoção

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva, direito à saúde fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação estatal*. Disponível em: <[http://www.mpdft.mp.br/saude/images/judicializacao/Falta\\_efetividade\\_judicializacao\\_excessiva.pdf](http://www.mpdft.mp.br/saude/images/judicializacao/Falta_efetividade_judicializacao_excessiva.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2020.

<sup>10</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 31*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=877>> Acesso em: 15 mar. 2020.



de medidas visando subsidiar os magistrados e demais operadores do Direito para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

## 2. OS LIMITES DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL ENTRE ESTADO E INDIVÍDUO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Com base no dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde expresso no art. 196 da Constituição Federal<sup>11</sup>, que milhares de brasileiros se amparam nessa norma para obter do Estado o fornecimento de medicamentos. Nesse panorama, o administrador Público deve implementar políticas públicas previamente estabelecidas e oferecer aos cidadãos os bens e assistência médica necessárias a uma existência digna.

Desse modo, a população convencida de que tem o direito a todo e qualquer medicamento, demanda em juízo por uma tutela, seja de tratamento ou de algum medicamento, mas será que o Estado é obrigado a fornecer qualquer medicamento, até mesmo aqueles que não foram registrados pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária)?

A Lei nº 6.360/76<sup>12</sup> dispõe sobre as normas de vigilância sanitária que englobam medicamentos, drogas e produtos farmacêuticos e correlatos e determina em seu art. 12 que “nenhum dos produtos de que trata esta lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”. Além disso, o art. 273<sup>13</sup> § 1º-B do Código Penal prevê a criminalização da venda de medicamento sem o aval da ANVISA.

A ANVISA é uma agência reguladora de referência que atua pautada em padrões técnicos semelhantes ao das agências reguladoras internacionais, na busca por qualidade, segurança e eficácia dos medicamentos, a fim de contribuir para o uso adequado dos medicamentos e do seu custo-efetivo para os profissionais da saúde e sociedade.

Para a obtenção do registro, é necessário que uma empresa devidamente autorizada tenha interesse em solicitar a concessão do registro para uma análise pormenorizada da agência, a qual passará pelas 5 etapas: a fase não clínica, onde serão realizados testes em laboratório; a fase de desenvolvimento do medicamento; a fase clínica; o registro e; por fim, a

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>12</sup>BRASIL. *Lei nº 6.360*, de 23 de setembro de 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm). Acesso em: 13 set. 2020.

<sup>13</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).> Acesso em: 13 set. 2020.



fase pós mercado, em que ainda é possível monitorar a ocorrência de efeitos adversos com os medicamentos.

Nesse passo há se falar em importante decisão do STF, na ADI 5.501,<sup>14</sup> ajuizada pela Associação Médica Brasileira que suscitava a constitucionalidade de lei que autorizou o uso da substância fosfoetanolamina sintética (pílula do câncer) por pacientes que tinham neoplasia maligna, entendeu que a legislação atacada ao suspender a exigibilidade do registro da ANVISA colocava em risco a integridade física dos pacientes.

Na decisão proferida, frisou-se que em observância ao postulado da separação de poderes, o poder legislativo quando edita uma lei que autoriza a distribuição de um remédio sem o controle prévio de segurança da vigilância sanitária omite-se no dever constitucional de tutelar a saúde da população.

Cumprir destacar que a permissão de distribuição de medicamentos compete à ANVISA e não ao Congresso Nacional. A autorização de venda de remédios não pode ser lastreada apenas no clamor da sociedade e nem da busca desenfreada pela cura, sem o mínimo de pesquisa e controle para assegurar a qualidade da substância química, sob pena de se distanciar da ciência e de apegar-se ao charlatanismo.

A segurança do medicamento e o controle de sua eficácia pela Anvisa serve de parâmetro para os Estados e inclusive para o SUS colocar o medicamento em sua lista. Vale ressaltar, que o Ministério da Saúde adota como política pública para o SUS os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas que consiste em um conjunto de critérios para orientar médicos e profissionais de saúde no que tange a recomendações de condutas clínicas, medicamentos, produtos e procedimentos para enfrentar os diferentes tipos de doenças e suas respectivas fases. Isso evidencia uma preocupação com a segurança do medicamento e a proteção da saúde dos pacientes.<sup>15</sup>

Ademais, cabe salientar sobre a necessidade do medicamento estar devidamente testado e aprovado pela ANVISA, envolve questões que tange ao fomento ao desenvolvimento econômico com ações que estimulam a inovação na indústria farmacêutica Brasileira. Haja vista o passado colonial do país que se desdobra em uma sociedade altamente desigual, em que aqueles que têm poder econômico podem buscar tratamento e medicamento

---

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.501*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur370670/false.>> Acesso em: 13 set. 2020.

<sup>15</sup> SUS. *Doenças raras*: Brasil avança na assistência e tratamento de pacientes. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46457-sus-avanca-no-tratamento-de-doencas-raras.>> Acesso em: 03 mai. 2020.



fora do país e os mais pobres se vêm dependentes do Estado para aquisição de medicação importada.

Carlos Augusto Grabois Gadelha<sup>16</sup> leciona que para um aprofundamento da reforma sanitária em bases contemporâneas, é necessário pensar, articular e implementar os princípios constitucionais de equidade e universalização e integralidade do sistema de saúde com uma transformação profunda da base produtiva, tendo o complexo da saúde como um elo forte e estratégico da economia.

Além disso, Carlos Augusto<sup>17</sup> informa que a área da saúde juntamente com a defesa responde por 25% de toda despesa mundial com inovação, expondo, portanto, uma questão que divide as nações entre o mundo desenvolvido e “outros mundos” e se expressa de uma forma arrebatadora na área da saúde, evidenciando que os brasileiros são parte não autônoma de um determinado modelo histórico de desenvolvimento.

Dessa feita, vê-se que é crucial o debate político acerca do desenvolvimento tecnológico na área da saúde com o fomento da indústria farmacêutica nacional e de pesquisas científicas acadêmicas, a fim de contribuir para desenvolvimento e fabricação de medicação mais barata, eficaz e conseqüentemente o acesso a tecnologia na área da ciência para toda sociedade.

No que tange à importância da regulamentação, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)<sup>18</sup> ressalta que durante a década de 1990, a maioria das economias da América Latina passaram por um processo de desregulação, da qual não escapou o mercado de medicamentos. Esperava-se que sem a intervenção do Estado a competição entre empresas seria estimulada, e, como consequência, os preços dos produtos sofreriam uma redução. Entretanto, não foi o que ocorreu: os preços aumentaram e o consumo diminuiu. Em contrapartida, os países desenvolvidos que não realizaram uma desregulação tão forte no mercado de medicamentos obtiveram melhores resultados em termos de acesso.

O caráter econômico é crucial para aprovação de um medicamento pela ANVISA, o rígido protocolo sanitário, a qual visa à proteção da saúde da sociedade e a eficácia dos medicamentos, assegura também o controle de preços praticados pela indústria farmacêutica

---

<sup>16</sup>GADELHA, Carlos Augusto. *Desenvolvimento e Saúde*. Disponível em: <[http://conitec.gov.br/images/Artigos\\_Publicacoes/Desenvolvimento-Saude\\_CarlosGadelha.pdf](http://conitec.gov.br/images/Artigos_Publicacoes/Desenvolvimento-Saude_CarlosGadelha.pdf)> Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> IPEA. *Eficiência regulatória: análise de sobrevivência aplicada a trajetória de registro de medicamentos genéricos*. Disponível em: <[http://conitec.gov.br/images/Artigos\\_Publicacoes/Conitec\\_Artigo-EficienciaRegulatoria.pdf](http://conitec.gov.br/images/Artigos_Publicacoes/Conitec_Artigo-EficienciaRegulatoria.pdf)> Acesso em: 05 mai. 2020.



ao repelir medicamentos com pouca eficácia e a altos custos. Um exemplo disso é a regulação de medicamentos genéricos que garantiu o seu acesso a uma grande parcela da população.

Ademais, o fomento à indústria farmacêutica brasileira, além de promover o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, prioriza a saúde pública ao diminuir os custos da medicação, coibindo indiretamente a falsificação e venda de medicamentos, uma vez que muitos recorrem aos medicamentos falsificados sem saber dos prejuízos à saúde e atraídos pelo seu baixo custo.

### 3. A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO DA ANVISA VERSUS A CRIMINALIZAÇÃO PREVISTA NO § 1º - B DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL

A edição de lei que deu nova redação ao art.273 do Código Penal<sup>19</sup>, foi motivada após a ocorrência de diversos escândalos envolvendo a existência de um mercado de fabricação e venda em larga escala de medicamentos falsificados. Nesse contexto, Thiago Bottino e Alexandre Schiller<sup>20</sup> sustentam que o poder legislativo entendeu que deveria recrudescer a repressão aos crimes que importassem na venda destinadas a fins terapêuticos ou medicinais falsificados, adulterados ou de procedência desconhecida, bem como não contassem com a aprovação e registro junto a vigilância sanitária.

Desse modo, o art. 273 do Código Penal<sup>21</sup> prevê que as condutas inseridas no tipo penal são crimes hediondos, passível de pena de reclusão de dez a quinze anos mais multa. Assim, falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, além de tipificar também a importação, a venda, o depósito e a entrega de produto falsificado, corrompido, adulterado ou falsificado, seja de medicamentos, matérias primas e insumos farmacêuticos sem registro da ANVISA.

Todavia, o rigor da sanção do tipo penal do art. 273 do Código Penal,<sup>22</sup>o qual foi equiparado pelo legislador aos crimes hediondos, foi comentada por Bruno Galvão<sup>23</sup> no qual cita a crítica de Miguel Reale Junior acerca do dispositivo penal.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>20</sup>BOTTINO, Thiago; SCHILLER Alexandre Ortigão. *Aspectos penais e regulatórios da venda de medicamentos sem registro*. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32592/pdf>> Acesso em: 13 set. 2020.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> REALE JUNIOR apud GALVÃO, Bruno. *Da declaração de inconstitucionalidade do art.273. do Código Penal ou reconhecimento da atipicidade material do fato, ante a inexistência de resultado jurídico*. Disponível

Não há interpretação que possa ser feita para conformar a norma aos valores e princípios constitucionais. A interpretação congruente com a Constituição tem limites, pois deve-se neste esforço, para salvar a norma, analisar as possibilidades de ambos os textos, o constitucional e o a ser conservado, de acordo com o *tê - los de ambos*. Com relação à norma do inc. I do §1º-B do art. 273, bem como referentemente aos demais incisos, frustra-se a tentativa de conservação dos dispositivos, porque para tanto seria necessário impedir a realização absoluta dos valores e princípios constitucionais.

Ainda, no que tange à desproporcionalidade da pena, Guilherme de Souza Nucci<sup>24</sup> assevera que o exagero punitivo fere o princípio da proporcionalidade e, por via de consequência, fere o próprio sentido da ofensividade. Desintegra-se, em última análise, o princípio da ofensividade, de tal forma que se constitui crueldade aplicar sanção penal desproporcional a qualquer ser humano, porquanto a pena mínima aplicada ao crime de perigo do art. 273 do Código Penal<sup>25</sup> é de dez anos de reclusão em regime inicial fechado, enquanto a pena mínima aplicada ao crime de homicídio é de seis anos de reclusão.

Por outro lado, o recrudescimento da lei se mostra imprescindível para reprimir a falsificação e comercialização de medicamentos sem registro da ANVISA, acarretando a morte de pessoas que fazem uso desses medicamentos como no enriquecimento de outras que praticam a conduta ilícita. Maria Júlia Marques<sup>26</sup> traz índices do instituto Internacional para Pesquisas contra Narcóticos que mostrou que a falsificação de medicamentos aumentou significativamente na América Latina e o tráfico de remédios mostrou ser de 10 a 25 vezes maior do que o de narcóticos.

Dentre os medicamentos mais contrafeitos apreendidos pela Polícia Federal entre 2007 e 2010, estão aqueles que combatem a disfunção erétil masculina e os esteróides anabolizantes. Em menor proporção, aparecem medicamentos como Glivec® (Novartis), que tornam mais preocupante o problema da falsificação, uma vez que se trata de um remédio utilizado no tratamento da Leucemia Mielóide Crônica e de tumores malignos do trato

---

em: < [https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/15118/BrunoHaddad\\_30082012.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/15118/BrunoHaddad_30082012.pdf). > Acesso em: 13 set. 2020.

<sup>24</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. Disponível em: <<https://direitouniversitarioblog.files.wordpress.com/2017/02/manual-do-direito-penal-guilherme-nucci.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

<sup>25</sup>BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>26</sup>MARQUES, Maria Júlia. *Brasileiro é o povo que menos se preocupa com remédios falsos*. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2017/07/07/brasileiro-tem-menor-conscientizacao-sobre-remedio-falso-da-america-latina.htm>>. Acesso em: 13 set. 2020.



gastrointestinal, e os exames clínicos não demonstraram nenhum princípio ativo na sua composição, segundo dados da revista de saúde pública<sup>27</sup>.

A ANVISA, no combate à falsificação de produtos para saúde, orienta as pessoas físicas que precisam de importação de medicamentos, que serão dispensadas de autorização da autoridade sanitária. A orientação é no sentido de que os pacientes contem com o auxílio de empresas cadastradas pela agência e se atentem para o aspecto do medicamento, sua embalagem, lote, data de fabricação e data de validade.

Não obstante a criminalização do artigo 273 do Código Penal<sup>28</sup>, há um crescente aumento de demandas em juízo para obtenção de medicamentos sem registro. São pessoas que buscam do judiciário o direito de obter um medicamento custeado pelo Estado sem que ele esteja registrado na ANVISA. Ocorre que para defender um direito individual, compromete-se a vida e o direito à saúde da coletividade.

Segundo Acórdão nº 6649/2020<sup>29</sup> do Tribunal de Contas da União, entre 2014 e 2018, os dez principais medicamentos adquiridos por demanda judicial correspondiam a 80% dos gastos com judicialização e nenhum deles havia sido incorporado pelo SUS até o ano de 2017. Somente para o exercício de 2018 foram gastos R\$ 1,35 bilhão.

Gonzalo Vechina<sup>30</sup> defende que é preciso buscar formas de equilibrar o ativismo jurídico com um judiciário que olha para as políticas públicas e cobra do executivo as suas execuções, bem como a adoção de práticas pelo executivo que levem a população a não precisar pleitear em juízo para a obtenção de um remédio. Exemplo bem sucedido é o da AIDS: que quase não existe judicialização na área de retrovirais, pois o Programa Nacional da AIDS criou consensos técnicos sobre o que deveria ser usado no tratamento da doença.

Em 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu, com repercussão geral, que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamento sem registro na ANVISA, salvo em casos excepcionais. No RE nº 657.718 MG<sup>31</sup> ficaram estabelecidos os critérios em que o magistrado terá que se pautar para autorizar o fornecimento do medicamento em caso de mora irrazoável

<sup>27</sup> AMES, Joseane; SOUZA, Daniele. Falsificação de remédios no Brasil. *Revista de Saúde Pública*. Disponível em : <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102012000100019](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102012000100019)> Acesso em: 14 jul. 2020.

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 6649/20*. Relator: Raimundo Carneiro. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/gastos%2520com%2520medicamentos/%2520/D%2520TRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/9/%2520?uuiid=187b0740-c546-11ea-bd52-ab39bc234c18>> Acesso em: 15 jul. 2020.

<sup>30</sup> INSPER. *Judicialização da saúde afeta o setor no Brasil*. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/acoes-judiciais-saude/>>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 657.718/MG*. Relator: Ministro: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1810263>> Acesso em: 18 jul. 2020.



da ANVISA em apreciar o pedido, os quais são: I - a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II - a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; III - a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Na decisão proferida, o Ministro Luiz Roberto Barroso<sup>32</sup>, em seu voto, salienta que proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas.

Segundo o presidente do Departamento Científico de Genética da Sociedade Brasileira de Pediatria Dr. Salmo Raskin<sup>33</sup>, a decisão do Supremo Tribunal Federal representa um avanço, uma vez que os pacientes com doenças raras, muitas das vezes de origem genética, devem passar a compor a lista de exceções com direito a medicamentos de alto custo. Ainda para o médico, a decisão contempla todos aqueles que não conseguem utilizar um medicamento comprovadamente eficaz, seja em razão da raridade da patologia, ou da demora na aprovação do remédio pela ANVISA.

Assim, a decisão do STF ao estabelecer parâmetros para o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA protege o direito à saúde de toda a coletividade, uma vez que evita comprometer a receita do combalido SUS com remédios de alto custo sem segurança e garantia comprovadas.

## CONCLUSÃO

A Constituição da República, ao alçar à saúde como direito fundamental dos cidadãos, fixaram competência da União, Estados e Municípios, para, juntos, implementar ações e as políticas públicas sociais efetivas de fomento à saúde da coletividade. Para tanto, os cidadãos embasados no dever do Estado de promover, proteger e recuperar à saúde, pleiteiam em juízo o fornecimento de medicamentos pelo Estado.

No entanto, o medicamento que não tem registro na ANVISA representa não só um perigo à saúde do indivíduo como da coletividade, e é isso que a pesquisa procurou

---

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit., nota 36.

<sup>33</sup> SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. *Doenças raras*: STF obriga Estado a fornecer medicamentos fora da lista do SUS apenas em casos excepcionais. Disponível em: <<https://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/doencas-raras-stf-obriga-estado-a-fornecer-medicamentos-fora-da-lista-do-sus- apenas-em-casos-excepcionais/>>. Acesso em: 18 jul. 2020.



demonstrar a importância dos rígidos protocolos necessários de verificação da qualidade e segurança do medicamento para a saúde.

Constatou-se, que não há somente uma preocupação no que tange à integridade física da população, mas também há uma preocupação com a economia do país e o fomento à indústria, pois a ANVISA ao receber o pedido de registro por algum laboratório nacional está estimulando a inovação tecnológica na área da ciência e oportunizando a pesquisa por outros laboratórios farmacêuticos nacionais que irá diminuir os custos da medicação.

Com relação à questão debatida no segundo capítulo da criminalização do tipo penal previsto no art. 273 do Código Penal, não obstante a desproporcionalidade da pena criticada por alguns autores como um exagero punitivo do legislador, procurou demonstra-se no presente capítulo que o recrudescimento da lei é uma maneira de reprimir a falsificação e venda de medicamentos sem registros que trazem graves prejuízos àqueles que já se encontram doentes e o enriquecimento daqueles que comercializam estes produtos ilícitos, sendo o comércio ilegal de medicamentos sem registro significativamente maior do que o de narcóticos.

Outra questão que a pesquisa procurou demonstrar é no sentido de que o recrudescimento da lei na repressão de venda de medicamentos sem registros assegura a concretização plena do direito à saúde pelo Estado, ao assegurar a segurança e eficácia do fármaco mediante rigoroso crivo científico. Com isso rechaça-se a busca desenfreada pela cura sem o correspondente cuidado com a saúde do paciente e privilegia a ciência.

Imprescindível destacar os gastos públicos anuais crescentes com a judicialização da saúde, a qual tornava mais difícil o dilema de alocação dos recursos públicos, eis que o judiciário determinava o cumprimento pelo Estado do dever Constitucional de tornar concreta as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, sem contudo, analisar as consequências econômicas desse direito social.

Ademais, verificou-se que o Poder Judiciário diante de demandas que postulam o fornecimento de medicamentos sem registro, ao prover tais pretensões indiscriminadamente, viola o postulado da separação de poderes e influencia no orçamento público. Contrapondo-se ao projeto constitucional quando do estabelecimento de um sistema de saúde universal, que não possibilitasse o gozo de benefícios somente para alguns cidadãos.

Nesse panorama, com um crescente número de demandas judiciais de pessoas que acreditam que possuem o direito a todo e qualquer medicamento é que o STF se posicionou, com repercussão geral, acerca dos requisitos necessários para o fornecimento pelo Estado, tais como: I - a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de



medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II - a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; III - a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil; IV – e nos casos de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro.

Observou-se que a decisão, pautou a atuação do judiciário e priorizou o fornecimento de fármacos registrados, de forma que, privilegie a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança do paciente sem esquecer que o conhecimento médico e científico está sujeito à rápida evolução e não pode estar sujeito a morosidade da burocracia administrativa. em consonância com o projeto constitucional do direito à saúde,

Desta feita, o presente trabalho concluiu que deve ser fornecido pelo Estado somente o medicamento registrado pela ANVISA, tendo em vista que é uma garantia à saúde pública. Ademais, conclui-se que a decisão do STF está em perfeita consonância com o projeto constitucional, uma vez que pautou a atuação do judiciário, ao estabelecer critérios para o provimento das demandas por medicamento, evitando o deslocamento de recursos estatais e a descontinuidade da prestação dos serviços e tratamentos médicos para o restante da população.

## REFERÊNCIAS

AMES, Joseane; SOUZA, Daniele. *Falsificação de remédios no Brasil*. Revista de Saúde Pública. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102012000100019](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102012000100019)>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva, direito à saúde fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação estatal*. Disponível em: <[http://www.mpdft.mp.br/saude/images/judicializacao/Falta\\_efetividade\\_judicializacao\\_excessiva.pdf](http://www.mpdft.mp.br/saude/images/judicializacao/Falta_efetividade_judicializacao_excessiva.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BOTTINO, Thiago; SCHILLER Alexandre Ortigão. *Aspectos penais e regulatórios da venda de medicamentos sem registro*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32592/pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 13 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 31*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.360*, de 23 de setembro de 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm)>. Acesso em: 13 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal federal. *ADI nº 5.501*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur370670/false>>. Acesso em: 13 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 657.718/MG*. Relator: Ministro: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1810263>>. Acesso em: 18 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 6649/20*. Relator: Raimundo Carneiro. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/gastos%2520com%2520medicamentos/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/9/%2520?uuid=187b0740-c546-11ea-bd52-ab39bc234c18>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

CAMPOS, Gastão. *Estratégias para consolidação do SUS e do direito à saúde*. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/outras-noticias/sistemas-de-saude/estrategias-para-consolidacao-do-sus-e-do-direito-a-saude-por-gastao-wagner/27784/>> Acesso em: 15 mar. 2020.

CANOTILHO; MOREIRA apud SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

INSPER. *Judicialização da saúde afeta o setor no Brasil*. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/acoes-judiciais-saude/>>. Acesso em: 14 set. 2020.

IPEA. *Eficiência regulatória: análise de sobrevivência aplicada a trajetória de registro de medicamentos genéricos*. Disponível em: <[http://conitec.gov.br/images/Artigos\\_Publicacoes/Conitec\\_ArtigoEficienciaRegulatoria.pdf](http://conitec.gov.br/images/Artigos_Publicacoes/Conitec_ArtigoEficienciaRegulatoria.pdf)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

GADELHA, Carlos Augusto. *Desenvolvimento e Saúde*. Disponível em: <[http://conitec.gov.br/images/Artigos\\_Publicacoes/DesenvolvimentoSaude\\_CarlosGadella.pdf](http://conitec.gov.br/images/Artigos_Publicacoes/DesenvolvimentoSaude_CarlosGadella.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2020.

MARQUES, Maria Júlia. *Brasileiro é o povo que menos se preocupa com remédios falsos*. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2017/07/07/brasileiro-tem-menor-conscientizacao-sobre-remedio-falso-da-america-latina.htm>> . Acesso em: 13 set. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.



NUCCI, Guilherme de Souza. Disponível em: <<https://direitouniversitarioblog.files.wordpress.com/2017/02/manual-do-direito-penal-guilherme-nucci.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

REALE JUNIOR apud GALVÃO, Bruno. *Da declaração de inconstitucionalidade do art.273. do Código Penal ou reconhecimento da atipicidade material do fato, ante a inexistência de resultado jurídico.* Disponível em: <[https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/15118/BrunoHaddad\\_30082012.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/15118/BrunoHaddad_30082012.pdf)> Acesso em: 13 set. 2020.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. *Doenças raras*: STF obriga Estado a fornecer medicamentos fora da lista do SUS apenas em casos excepcionais. Disponível em: <<https://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/doencas-raras-stf-obriga-estado-a-fornecer-medicamentos-fora-da-lista-do-sus- apenas-em-casos-excepcionais/>>. Acesso em: 18 jul. 2020.

SUS. *Doenças raras*: Brasil avança na assistência e tratamento de pacientes. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46457-sus-avanca-no-tratamento-de-doencas-raras.>>. Acesso em: 03 mai. 2020.

## COLABORAÇÃO PREMIADA: RESQUÍCIOS INQUISITORIAIS NA ATUAÇÃO DO ESTADO NESTE MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL

Núbia Helena Marron Carvalho Ferreira

Graduada pela Universidade Candido Mendes.  
Advogada.

**Resumo** – O instituto da colaboração premiada ingressa no ordenamento jurídico diante do cenário de criminalidade estruturada e a necessidade de resposta do Estado à sociedade, considerado destaque no ordenamento jurídico como instrumento de resolução negociada do conflito. O presente artigo objetiva analisar a convergência da colaboração premiada com o sistema processual penal adotado, assim como atuação do magistrado em construir uma decisão participativa, em que o cerne é a preservação dos direitos fundamentais. Além disso, sustenta-se a necessidade de um aperfeiçoamento normativo, para acentuar a segurança jurídica desse instituto que tem se consolidado como justiça negociada. A essencialidade deste trabalho é demonstrar com argumentos sólidos, não só a existência de uma feição inquisitorial no referido instituto, assim como a adequação desse instituto com o sistema processual penal, como meio de obtenção de prova.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Justiça negociada. Colaboração premiada. Meio de obtenção de prova. Sistema acusatório.

**Sumário** – Introdução. 1. Sistema processual penal adotado e a compatibilidade do instituto da colaboração premiada. 2. Valor probatório e eficácia da colaboração premiada como meio de obtenção de prova no combate ao crime organizado. 3. Atuação inquisitorial do Estado e a necessidade de aperfeiçoamento normativo frente à preservação dos direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a temática dos resquícios inquisitoriais presentes na atuação do Estado no instituto da Colaboração Premiada, isto é, procedimentos que remontam ao autoritarismo Estatal e evidencia uma ruptura com o Estado Democrático de Direito, na medida em que direitos e garantias fundamentais são relativizados.

Nesse contexto, a justiça negociada penal constitui uma tendência mundial para o desmantelamento de delitos complexos, tendo em vista que, ao buscar a abreviação do rito processual, garante a eficiência ao sistema de justiça. O instituto da Colaboração Premiada ingressa no ordenamento jurídico como instrumento de resolução negociada do conflito e assume relevância diante do cenário de criminalidade estruturada e a necessidade de resposta do Estado à sociedade.



Dessa forma, a colaboração premiada ganha notoriedade, pois além de beneficiar a sociedade, proporciona ao acusado um sistema consensual de penalidades, que varia desde a diminuição da pena ao perdão judicial. Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir a constante necessidade de efetividade desse instituto.

Para melhor compreensão do tema, busca-se compatibilizar o instituto com o ordenamento jurídico assim como explorar o valor probatório e a natureza de meio de obtenção de prova no combate ao crime organizado. Pretende-se, ainda, constatar faticamente omissões nas leis espaciais que fundamentam a colaboração premiada e a necessidade de aperfeiçoamento normativo frente à preservação dos direitos fundamentais.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o sistema processual penal adotado e a compatibilidade do instituto da colaboração premiada com o ordenamento jurídico. Mesmo em face da necessidade de desarticulação e combate das organizações criminosas, observa-se a imprescindibilidade de se preservar, sobretudo, o Estado Democrático de Direito, uma vez que um processo penal eficaz é aquele compatível com o sistema acusatório avocado pela Carta Magna, em que a preservação dos direitos fundamentais é o cerne.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o valor probatório e a eficácia da colaboração premiada como meio de obtenção de prova no combate ao crime organizado. Dessa forma, a superação dos meios tradicionais de produção e valoração da prova mostra-se imprescindível diante da realidade criminosa de difícil comprovação.

No terceiro capítulo, diante da relevância da colaboração premiada, analisa-se a necessidade da harmonização desse instituto com o ordenamento jurídico diante do caráter inquisitorial. Evidencia-se a necessidade de mudanças legislativas no que se refere à criação de uma lei específica, a fim de assegurar um processo penal democrático, diante das leis espaciais.

Para tanto, o desenvolvimento textual será elaborado por meio do método hipotético-dedutivo e, por isso, será utilizado o discurso argumentativo baseado em proposições lógico-hipotéticas. Dessa forma, a pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, oriunda de uma análise nos ditames da lei, doutrina e jurisprudência para corroborar a tese exposta.

## 1. SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO E A COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

O sistema processual penal de um Estado está estritamente ligado à sua tendência política. Em regra, os Estados autoritários se aproximam do sistema inquisitório, em que há a supressão de direitos considerados fundamentais. Já os Estados que possuem feições democráticas, com fundamento em garantias, estão próximos ao sistema acusatório.

O entendimento uníssono na doutrina a título de exemplo — pode-se citar Aury Lopes Jr. — defende que o sistema adotado no Brasil é acusatório, pois a Constituição da República, ainda que implicitamente, separa as funções de acusar e julgar, e estabelece de forma expressa garantias processuais típicas de um sistema acusatório.

Por meio do sistema acusatório o acusado deixa de ser um mero objeto no processo, e assume a posição de parte passiva, tendo em vista que o Estado assegura paridade e dialeticidade. Sendo assim, podem-se evitar abusos, opressões e desproporcionalidades na prestação jurisdicional.

Sobre o tema, de acordo com a doutrina de Aury Lopes Junior<sup>1</sup>:

Frente ao inconveniente de ter que suportar uma atividade incompleta das partes (preço a ser pago pelo sistema acusatório), o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética e não destruí-la, com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz. O Estado já possui um serviço público de acusação (Ministério Público), devendo agora ocupar-se de criar e manter um serviço público de defesa, tão bem estruturado como é o Ministério Público. É um dever correlato do Estado para assim assegurar um mínimo de paridade de armas e dialeticidade.”

Ainda que o sistema processual penal adotado no Brasil seja declaradamente acusatório, cumpre ressaltar que ao longo do ordenamento processual penal, há institutos com traços inquisitoriais. Exemplo disso é o inquérito policial que surgiu em um contexto autoritário da história, e mesmo sendo uma fase pré processual, por conta da primazia do interesse público, possui características inquisitivas.

De acordo com a doutrina de Guilherme Nucci<sup>2</sup>:

O inquérito é, por sua natureza, inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa a ampla oportunidade de defesa, produzindo e indicando provas, oferecendo recursos, apresentando alegações,

<sup>1</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.120.

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 167.



entre outras atividades que como regra, possui durante a instrução judicial (...)

A vantagem e praticidade de ser o inquérito inquisitivo concentram-se na agilidade que o Estado possui para investigar o crime e descobrir a autoria. Fosse contraditório, tal como o processo, e poderia não apresentar resultado útil. Portanto, deve-se buscar a exata medida para considerar o inquérito inquisitivo, embora sem que possua caráter determinante ao magistrado no momento da sentença.

Nesse contexto, a justiça negocial é considerada uma tendência mundial diante da macrocriminalidade, uma vez que ao buscar a abreviação do rito processual, garante a eficiência do sistema de justiça. Mesmo com todas as vantagens que esse instituto possui a compatibilização com o sistema processual adotado ainda é o cerne de muita discussão doutrinária.

Aury Lopes Junior<sup>3</sup> destaca:

O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto a ‘negociar’. O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. É a lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência.

Na visão de Gabriel Campos<sup>4</sup>, a justiça criminal consensual é reflexo de uma orientação político-criminal de intervenção mínima do direito (e sistema) punitivo, preocupada com maior eficácia de todo o sistema penal e, por conseguinte, propiciar as finalidades de prevenção geral (vetor funcionalidade). Ainda menciona que o sistema penal deve perseguir, ao mesmo tempo, a funcionalidade (eficiência) e a garantia (justiça), pois, se não se deve negar que ao Estado incumbe garantir os direitos dos cidadãos, também cabe a ele promover o bem da coletividade, daí se impor a exigência de racionalização, eficiência e celeridade do processo penal.

<sup>3</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.1240.

<sup>4</sup> CAMPOS, Gabriel. *Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. Disponível em: < [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2020.

Sendo assim, justiça negocial ganha notoriedade no ordenamento, pois além de beneficiar a sociedade, proporciona ao acusado um sistema consensual de penalidade, em meio ao desmantelamento de delitos complexos.

Sobre esse assunto, Aury Lopes Junior<sup>5</sup> afirma que:

[...] a justiça negociada está atrelada à ideia de eficiência (viés economicista), de modo que as ações desenvolvidas devem ser eficientes, para com isso chegarmos ao “melhor” resultado. O resultado deve ser visto no contexto de exclusão (social e penal). O indivíduo já excluído socialmente (por isso desviante) deve ser objeto de uma ação efetiva para obter-se o (máximo e certo) apenamento, que corresponde à declaração de exclusão jurídica. Se acrescentarmos a esse quadro o fator tempo – tão importante no controle da produção, até porque o deus-mercado não pode esperar –, a eficiência passa a ser mais uma manifestação (senão sinônimo) de exclusão.

Vasconcellos<sup>6</sup> sugere que a justiça negocial criminal remonta a um modelo inquisitivo, uma vez que distorce as características acusatórias, na medida em que se imputa ao acusado a formação de provas, retirando do Estado tal incumbência que lhe é própria. Cita a evidência que, assim como nos Tribunais da Inquisição, há uma busca pela condenação, esvaziando o princípio da presunção da inocência, princípio basilar do sistema acusatório.

Boa parte da doutrina, capitaneada por Aury Lopes Jr., critica a compatibilização da justiça negocial com o sistema processual penal, tendo em vista sua amplitude e complexidade no ordenamento. No entanto, é notória a consolidação desse instituto, a convergência com o sistema processual acusatório e a busca de seu aperfeiçoamento fundamentada na ideia de simplificação do processo penal, em que os direitos fundamentais são ponderados.

Nesse sentido, o instituto da colaboração premiada, espécie de justiça negocial, ingressa no ordenamento brasileiro no século XVII, porém somente foi recepcionada formalmente em 1990 por meio da Lei dos Crimes Hediondos e representa um fortalecimento da justiça negociada diante da criminalidade estruturada.

No ordenamento processual penal, a colaboração premiada foi introduzida por meio de leis esparsas, como a Lei dos Crimes Hediondos, Lei de Lavagem de Capitais, Lei de Proteção a Testemunhas, Lei de Drogas, e a Lei de Organizações Criminosas. Mesmo que se trate de uma negociação, esse acordo passa pelo crivo do judiciário, para assegurar ao indiciado garantias constitucionais.

---

<sup>5</sup> LOPES JUNIOR, op.cit., 2020, p.1239.

<sup>6</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 44 e 39.



Entretanto, assim como a justiça negocial, a colaboração premiada é o cerne de controvérsias no que tange à constitucionalidade desse instituto em face ao sistema acusatório. Rosa<sup>7</sup> menciona sobre o assunto que o problema que na cooperação premiada à brasileira, o juiz pode confundir seus papéis e funções, em um “mix” de atividades inconciliáveis democraticamente, especialmente quando participa do jogo oculto de se alinhar ao acusador mediante o deferimento combinado de cautelares (prisão, condução coercitiva, sequestro, interceptações, etc.).

Para o autor, as táticas cautelares utilizadas com a intenção de aniquilar patrimonialmente os investigados/acusados, especialmente em casos de grande repercussão, mediante a imobilização de patrimônio e, talvez, servir como trunfo para o “forçamento” de colaboração/delação premiada.

Aury Lopes Junior<sup>8</sup> cita que a característica do princípio do contraditório é exatamente o confronto claro, público e antagônico entre as partes em igualdade de condições. Essa importante conquista da evolução do Estado democrático de Direito resulta ser a primeira vítima da justiça negociada, que começa a sacrificar o contraditório e por matar a igualdade de armas. Ele indaga que a igualdade pode existir na relação do cidadão suspeito frente à prepotência da acusação, que, ao dispor do poder de negociar, humilha e impõe suas condições e estipula o preço negócio.

Em que pese posições doutrinárias que sustentem a incompatibilidade da colaboração premiada com o sistema processual acusatório, tanto a doutrina predominante, capitaneada por Guilherme Nucci, quanto as jurisprudências dos Tribunais Superiores entendem que o instituto é compatível com o ordenamento jurídico. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, não há divergência acerca desse instituto, sendo o posicionamento adotado é a compatibilidade da colaboração premiada com o ordenamento jurídico.

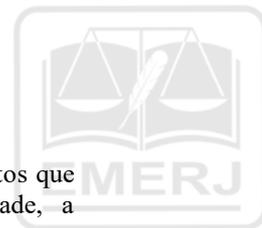
O Ministro Celso de Melo<sup>9</sup> menciona:

A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso e que valoriza, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito

<sup>7</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias no negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018, p. 150.

<sup>8</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. , p.143

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Petição 7.074*: Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2020.



criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal(...). Na realidade, a colaboração premiada ajusta-se, de certo modo, a esse novo paradigma que consagra, agora de maneira muito mais expressiva, considerado o marco normativo resultante da Lei nº 12.850/2013.

Destaca-se o voto do Ministro Celso de Melo<sup>10</sup> no mesmo processo:

Cumpre enfatizar, bem por isso, Senhora Presidente, que o Supremo Tribunal Federal garantirá, de modo pleno, às partes envolvidas nos litígios penais, na linha de sua longa e histórica tradição republicana, o direito a um julgamento justo, imparcial e independente, com rigorosa observância de um dogma essencial ao sistema acusatório: o da paridade de armas, que impõe a necessária igualdade de tratamento entre o órgão da acusação estatal e aquele contra quem se promovem atos de persecução penal, em contexto que, legitimado pelos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, repele a tentação autoritária de presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar como se culpado fosse aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência.

A colaboração premiada, em suma, é caracterizada como uma opção do indivíduo em cooperar com as autoridades em troca de benesses. A partir do momento em que o acordo passa pelo crivo do judiciário, por meio de um controle de legalidade, funciona como uma segurança de que as garantias processuais e constitucionais do indiciado sejam asseguradas. Logo, na medida em que há uma ponderação entre a primazia do interesse público e a dignidade da pessoa humana, possibilita-se a convergência e a legitimidade do instituto com o sistema processual penal vigente.

## 2. VALOR PROBATÓRIO E EFICÁCIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

A fim de compatibilizar o instituto da colaboração premiada com o sistema acusatório adotado pelo ordenamento, o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal em *Habeas Corpus*, Relatoria do Ministro Dias Toffoli<sup>11</sup>, é no sentido de que além de ser um negócio jurídico processual, esse instituto constitui um meio de obtenção de prova. Por expressa determinação legal do artigo 3º, I, da Lei nº 12.850/2013<sup>12</sup>, o seu cerne, mesmo que por conta da sanção premial tenha efeito de direito material, é a cooperação do imputado do fato delituoso para a investigação, e construção do processo criminal em si, atividade de natureza processual.

---

<sup>10</sup> Ibidem

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127.483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34831decisao.pdf> >. Acesso em: 28 ago. 2020.

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm) > Acesso em: 28 ago. 2020.



Nesse sentido, por meio de um negócio jurídico processual firmado entre o Ministério Público, detentor da ação penal, ou autoridade policial, e o colaborador investigado, há elementos pra deflagração da ação penal. Com base no arcabouço de elementos indiciários, tendo como vetor o devido processo legal composto do contraditório e da ampla defesa, o julgador pode basear seu convencimento, construindo um processo penal democrático nos ditames do sistema acusatório, afastando o protagonismo do magistrado.

Sobre o assunto o artigo 8, inciso 1, do Pacto de São José da Costa Rica<sup>13</sup> com a seguinte redação:

Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Pacto de São José da Costa Rica, 1969).

Sendo assim, de modo a privilegiar o sistema acusatório, a colaboração premiada deve ser construída de forma a preservar processo penal democrático e constitucional, em que há uma clara separação entre as funções de acusar, defender e julgar. A imposição do afastamento do magistrado das negociações é uma medida voltada a construir uma decisão participativa.

Nesse contexto, a colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova, instrumento para a construção de elementos indiciários para formação de prova propriamente dita, no processo penal democraticamente construído, apto a suplementar a decisão judicial e, por isso, não pode ser o fundamento exclusivo da condenação criminal.

Destacam-se lições de Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>14</sup>:

Assegura-se, dessa forma, a “paridade de armas” entre o delatado e o órgão acusador, entendida como “o indispensável equilíbrio que deve existir entre as oportunidades concedidas às partes para que, ao apresentar suas provas e alegações ao juiz ou tribunal, não seja colocado em desvantagem em relação à parte contrária.

Já o depoimento do colaborador constitui meio de prova, isto é, a prova em si, que remonta acontecimentos, em sequência cronológica, sobre o fato criminoso. Assim

<sup>13</sup> BRASIL. *Decreto n° 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2020.

<sup>14</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

é preciso que sejam confrontados com outros meios idôneos para influir no convencimento judicial.

Rogério Sanches Cunha<sup>15</sup> menciona:

É um meio de obtenção de prova, no entanto, que não se basta, pois, segundo o disposto no § 16 do art. 4º, “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. O dispositivo exige, para embasar a condenação, outras provas além das palavras do agente colaborador. É dizer: se a declaração se mostrar isolada, sem correspondência em alguma outra prova, ela não se prestará, por si só, para justificar um édito condenatório. E é pertinente a limitação, pois, se até mesmo a confissão perdeu seu caráter absoluto, não sendo mais considerada a rainha entre as provas, devendo, por isso, ser confrontada com outros elementos de prova, com muito mais razão a colaboração premiada merece esse status. Cumpre, portanto, analisá-la no bojo do conjunto probatório, sopesando seu valor frente aos demais elementos probantes, autorizando-se, a partir daí e se for o caso, uma condenação.

No que concerne à eficácia da colaboração premiada, ressalta-se que é considerada requisito do acordo e é julgada pelo magistrado nos termos do artigo 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13.<sup>16</sup> Logo, as informações prestadas pelo indivíduo colaborador devem ser revestidos de eficácia e capacidade de produzir resultado, que serão auferidas pelo Poder Judiciário, art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13<sup>17</sup>.

De acordo com o Ministro Dias Toffoli<sup>18</sup>:

[...] Por sua vez, esse acordo somente será válido se: a) a declaração de vontade do colaborador for resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé; e b) o seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável. Destacou que a “liberdade” de que se trata seria psíquica e não de locomoção. Assim, não haveria óbice a que o colaborador estivesse custodiado, desde que presente a voluntariedade da colaboração. Ademais, no que se refere à eficácia do acordo, ela somente ocorreria se o ato fosse submetido à homologação judicial. Esta limitar-se-ia a se pronunciar sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo. [...]

Ressalta-se que a colaboração premiada deve estar em consonância com as normas legais, para ser considerada lícita e efetivamente válida. Qualquer ilicitude desse negócio jurídico processual invalida todas as provas que diretamente dela dependam.

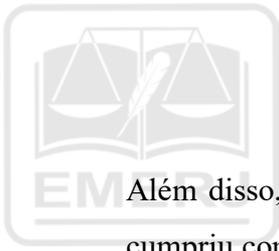
---

<sup>15</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *STJ*: Denúncia não pode ser fundamentada exclusivamente em colaboração. Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/04/23/stj-denuncia-nao-pode-ser-fundamentada-exclusivamente-em-colaboracao-premiada/> >. Acesso em: 24 jul. 2020.

<sup>16</sup> BRASIL. *Lei n. 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm) > Acesso em: 28 ago.2020.

<sup>17</sup> BRASIL. *Lei n. 12.850*, de 2 agosto de 2013. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm) > Acesso em: 28 ago.2020.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 127483*. Relator: Ministro Dias Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308597935&tipoApp=.pdf>> . Acesso em: 26 jul. 2020.



Além disso, o colaborador terá direito a aplicação dos benéficos se for verificado que cumpriu com o acordo.

Portanto, a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem como objeto a cooperação do imputado no processo penal. O acordo existente e válido somente será revestido de eficácia quando homologado judicialmente, sendo que somente servirá como fundamento quando efetivamente confrontado com outras provas, adstrito ao livre convencimento do julgador.

### 3. A ATUAÇÃO INQUISITORIAL DO ESTADO E A NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO NORMATIVO FRENTE À PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na perspectiva técnica processual, a colaboração premiada é uma opção do investigado, de forma consciente e, sobretudo, voluntária, e serve como uma estratégia de defesa, tendo em vista a utilidade recíproca. Sendo assim, ao ser considerado um meio de obtenção de prova, oriundo de uma participação ativa, a fim de conhecer, punir, e dismantelar organizações criminosas, remonta ao sistema inquisitorial na medida em que o cerne do instituto, não é a defesa em si, mas a condenação.

Soraia de Rosa Mendes<sup>19</sup> cita Luiz Antônio Borri e Rafael Junior Soares, menciona que:

Contudo, desde um ponto de vista garantista, a colaboração premiada em muito aproxima-se de um modelo inquisitório porquanto muitas vezes tomada como instrumento a satisfazer a sede de aplicar punições em processos não raro distanciados dos marcos do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias fundamentais que lhe dão sustentação, em especial do direito de defesa no que concerne, por exemplo, ao registro das declarações por meio audiovisual como analisado por Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares (em A Obrigatoriedade do Duplo Registro da Colaboração Premiada e o Acesso pela Defesa Técnica).

De forma aberta ou subliminar o instituto, e a apregoada necessidade de sua utilização, legitima-se a partir de um discurso voltado a um suposto dever cívico, que na Inquisição era significado sob o manto da obediência. Um discurso capaz de atravessar não só o Continente Latino-americano, como de encontrar eco em diversos outros pontos do mapa mundi.

Nesse sentido, na medida em que o colaborador, que é parte do processo, renuncia ao direito ao silêncio, da presunção da inocência e passa a ser, materialmente,

---

<sup>19</sup> MENDES, Soraia R. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, V. 3, n. 1, p. 31-38, jan./abr. 2017. Disponível em: < <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.56> > Acesso em: 16 jul. 2020.

um aliado a acusação. Esses traços apontam a um resquício inquisitorial do próprio instituto, em nome da utilidade e do interesse público.

Há de se destacar, entretanto, que o próprio sistema adotado no Brasil não é puro, o que justifica a flexibilização das garantias individuais para alcançar a maior eficiência ao processo penal, pois assim como a sociedade, a criminalidade está em constante evolução e o Judiciário precisa alcançar decisões acertadas. Assim, a figura do magistrado imparcial que exprime sua convicção por meio da análise probatória, é indispensável à compatibilização do instituto da colaboração premiada no ordenamento.

Paulo Gustavo Rodrigues<sup>20</sup> leciona:

No âmbito das colaborações premiadas, o equívoco que se deve evitar, como já dito, é a hipervalorização do depoimento do delator – seja em relação a ele seja quanto aos delatados – como indicativo definitivo da verdade dos fatos, formando o julgador sua convicção apriorística e transformando o processo em mero ratificador.

Para tanto, a fundamentação da decisão penal assume especial relevância, de modo que o julgador deve sempre expor sua convicção de forma contextualizada a partir da análise de todos os elementos de prova colhidos nos autos, sejam aqueles que corroboram a dinâmica fática contida na confissão, ou delação, sejam aqueles que porventura se contraponham a ela, de modo a mitigar o sacrifício epistemológico advindo da negociabilidade típica da confissão.

No mesmo sentido, o voto do Ministro Marco Aurélio<sup>21</sup>:

A Lei nº 12.850/2013 prossegue no desenvolvimento do tema, aprofundando os desdobramentos do instituto no sentido de dar ao Estado mecanismos eficientes de combate à criminalidade organizada, em consonância com a leitura constitucional da matéria realizada desde 1988, sobretudo no âmbito do Poder Legislativo. A delação premiada nada mais é do que depoimento revelador de indícios de autoria e materialidade criminosos, que, por si só, porquanto originado de um dos envolvidos na prática delitativa, não serve à condenação de quem quer que seja. [...]

A supremacia do interesse público conduz a que o debate constitucional não seja pautado por interesses corporativos, mas por argumentos normativos acerca do desempenho das instituições no combate à criminalidade. A atuação conjunta, a cooperação entre órgãos de investigação e de persecução penal, é de relevância maior. É nefasta qualquer “queda de braço”, como a examinada.

Dessa forma, com o intuito de aperfeiçoar e revestir o instituto da colaboração premiada de segurança jurídica, o Pacote Anticrime positivou alguns artigos para suprir

---

<sup>20</sup> RODRIGUES, Paulo Gustavo. A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, V. 3, n. 1, p. 103-130, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.32>> Acesso em: 05 set. 2020.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 5508*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>> Acesso em: 05 set. 2020.

lacunas. Entre outras alterações, acentuou a necessidade de formalização do procedimento, com base nos deveres de confiança e boa-fé do acordo no que tange a negociação e conclusão.

Além disso, com a finalidade de proteger a integridade física e psicológica do colaborador, o seu acordo e o depoimento serão mantidos em sigilo, e a lei veda ao magistrado decidir sobre a publicidade. Pode-se destacar ainda, a necessidade da presença de um advogado em todas as fases tratativas de colaboração, como uma forma de resguardar o direito de defesa do colaborador.

Guilherme de Souza Nucci<sup>22</sup>:

Ademais, como forma de se evitar discricionariedade no instituto, a lei traz critério objetivo para a delimitação dos acordos. Todas as alterações implementadas pela nova lei é, de maneira geral, para positivar ponderações doutrinárias, suprir fragilidades e compatibiliza-la com o ordenamento ao preservar os direitos fundamentais. [...]

Combater o crime organizado, o delito do colarinho branco e a corrupção, no Brasil, são metas extremamente sensíveis e importantes, mas, como sempre sustentamos, respeitados os direitos e garantias individuais. É preciso tolerar, porque constitucional, o princípio da legalidade, seguindo-o primorosamente. Não se enfrenta a corrupção, como muitos acreditam, com apoio da opinião pública; não vivemos mais a época do circo romano quando a população decidia o destino de quem estava na arena.

O pacote anticrime representa um avanço para o ordenamento, pois positiva novos artigos que abrangem a manutenção do acordo de colaboração premiada. Mas, ainda não disciplinou de forma completa e profunda o instituto da colaboração premiada, isto é, não esgotou o tema, o que pode ensejar acordos indiscriminados, que excedem os limites legais.

As organizações criminosas devem ser desmanteladas diante de sua estruturação; logo, os meios de prova devem estar em consonância com a complexidade da atividade criminosa. Sendo assim, é notória a necessidade de criação de uma codificação que consolide a temática da colaboração premiada, a fim de assegurar um processo penal democrático, diante das leis espaciais.

## CONCLUSÃO

Diante do cenário de criminalidade estruturada e a necessidade de resposta do Estado à sociedade, percebeu-se que o instituto da colaboração premiada ganhou destaque no ordenamento jurídico como instrumento de resolução negociada do

---

<sup>22</sup> NUCCI, Guilherme. *Pacote Anticrime Comentado*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.3.

conflito. Dessa forma, esta pesquisa constatou a existência de um resquício inquisitorial no instituto, tendo em vista que o cerne não é propriamente a defesa, mas a condenação.

De um lado, a preservação dos direitos fundamentais é centro do Estado cujo caráter é democrático e, por isso, identificou-se que a colaboração premiada é compatível com o sistema processual penal adotado, enquanto meio de obtenção de prova. De fato, foi possível chegar à conclusão de que há uma ponderação entre o interesse público e a dignidade da pessoa humana para alcançar a legitimidade do instituto e afastar feições inquisitoriais.

O entendimento que se buscou estabelecer está pautado na ideia de que ainda que o instituto apresente uma tênue feição inquisitorial, há mecanismos para se assegurar sua constitucionalidade. Sendo assim, ressaltou-se que o processo penal democraticamente construído dispõe de mecanismos de forma a compatibilizar a colaboração premiada ao sistema acusatório adotado pelo ordenamento.

Nesse contexto, o acordo passa pelo crivo do judiciário, por meio de um controle de legalidade, que funciona como uma segurança de que as garantias processuais e constitucionais do indiciado sejam asseguradas. Logo, percebeu-se que a imposição do afastamento do magistrado das negociações é uma medida voltada a construir uma decisão participativa.

Por outro lado, para que o judiciário alcance decisões acertadas, o pacote anticrime sancionado supriu lacunas, diante de leis espaciais, e revestiu o instituto da colaboração premiada de segurança jurídica. Porém, atentou-se que a mencionada lei ainda não disciplinou de forma completa e profunda o instituto da colaboração premiada, o que pode ensejar acordos indiscriminados, que excedem os limites legais.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, desse modo, que não só a atuação do magistrado é imprescindível para que o lastro inquisitorial seja afastado e o instituto da colaboração premiada esteja em consonância com o sistema penal adotado, mas também, enfatizou-se a necessidade de uma codificação que consolide a temática da colaboração premiada em prol de um processo penal democraticamente construído.

Portanto, ficou evidente que ainda que a colaboração premiada seja um mecanismo de suma importância para o dismantelamento de organizações criminosas, deve-se ir de encontro ao sistema inquisitorial. Com a finalidade de se alcançar a segurança jurídica, cerne do Estado Democrático de Direito, precisa-se buscar e assegurar um processo penal nos ditames do sistema processual adotado.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto n° 678* de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em 28 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)> Acesso em 28 ago.2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 127.483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34831decisao.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Petição 7.074*: Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CAMPOS, Gabriel. *Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. Disponível em:<[http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *STJ: Denúncia não pode ser fundamentada exclusivamente em colaboração*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/04/23/stj-denuncia-nao-pode-ser-fundamentada-exclusivamente-em-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Soraia R. *Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”*: novos e múltiplos olhares. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.56>> Acesso em: 16 jul. 2020.

NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2010.

\_\_\_\_\_. *Pacote Anticrime Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RODRIGUES, Paulo Gustavo. *A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal*: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do

juiz julgador penal. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.32>> Acesso em: 05 set. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias no negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



## A VALORAÇÃO DO ATO INFRACIONAL NO PROCESSO PENAL

Paula Nobre de Souza Pinto Vieitas

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.

**Resumo** - conforme a Constituição Federal, crianças e adolescentes são considerados inimputáveis e não praticam crimes, mas atos infracionais. Neste contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente indica que o registro de atos infracionais praticados durante a adolescência é sigiloso. Contudo, a jurisprudência tem admitido a utilização de tais registros em desfavor do autor de crime, quando da prática de crime na vida adulta. A essência do presente trabalho é analisar de maneira crítica essa flexibilização operada pelos tribunais, verificando a sua legalidade.

**Palavras-chave** – Direito de Penal. Direito da Criança e do Adolescente. Prática de ato infracional na adolescência.

**Sumário** – Introdução. 1. A prática de ato infracional como fundamento da prisão preventiva. 2. A prática de ato infracional como circunstância judicial desfavorável na aplicação da pena. 3. O registro de atos infracionais como fundamento para afastar a aplicação do tráfico privilegiado. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende analisar a repercussão da prática do ato infracional para fins de pena à luz da doutrina da proteção integral a partir da análise jurisprudencial e doutrinária acerca do tema.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988 e a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 o Brasil adotou a Doutrina da Proteção Integral no que tange ao tratamento jurídico direcionado às crianças e aos adolescentes. Uma vez assumida a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento em conjunto com a necessidade de que as sanções aplicadas sejam evidentemente socioeducativas, o sistema protetivo do ECA determina que os atos infracionais praticados durante a adolescência são sigilosos, de forma que se entende que não podem ser negativamente valorados na vida adulta.

No entanto, decisões recentes do STF e do STJ permitem que tal regra seja flexibilizada no sentido de que a prática de ato infracional possa ser negativamente valorada quando aquele adolescente infrator, já adulto, pratica um crime e é submetido a processo penal. Nesse sentido, a pesquisa busca analisar as referidas decisões a fim de verificar a sua coerência com o sistema protetivo do Estatuto da Criança e Adolescente.



No primeiro capítulo da pesquisa serão analisadas decisões do STJ que entendem que a prática de ato infracional durante a adolescência é fato relevante a ser valorado como fundamento para decretação de prisão preventiva sob o argumento de garantia da ordem pública.

Já no segundo capítulo serão discutidas decisões do STJ que entendem que a prática de ato infracional durante a adolescência é fato relevante a ser valorado como circunstância judicial negativa referente à personalidade do agente, na primeira fase da dosimetria da pena.

No terceiro capítulo serão examinadas decisões que permitem a valoração negativa do ato infracional praticado na adolescência para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado.

Objetiva-se, portanto, discutir as decisões do STJ e STF acerca da repercussão penal do ato infracional, bem como dos princípios inerentes ao sistema socioeducativo, buscando analisar eventuais contradições existentes quando se contrasta a realidade prática com a base teórica que fundamenta o sistema.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-indutivo, uma vez que a pesquisadora pretende partir de questões particulares consistentes em decisões do STJ e do STF a fim de chegar a conclusões que possam comprovar ou rejeitar sua hipótese que consiste na possibilidade de violação dos princípios protetivos do ECA.

Para tanto, a pesquisa será bibliográfica e qualitativa, de forma que a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente ao objeto da pesquisa, tanto a doutrina como a legislação, a fim de analisar os princípios que possam estar sendo violados, bem como será analisada a jurisprudência referida, decisões do STF e STJ que valoram o ato infracional no processo penal.

## 1. O ATO INFRACIONAL COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é medida cautelar que tem como consequência a privação de liberdade do agente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em razão de sua cautelaridade e excepcionalidade, é preciso que, para que seja decretada, além de observados os requisitos de cabimento, haja prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Ainda, o art. 312 do Código de Processo Penal<sup>1</sup> elenca os

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 13 out. 2020.



fundamentos da sua decretação, a saber, garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver indícios do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Enquanto a prisão preventiva para assegurar a aplicação de lei penal ou para conveniência da instrução criminal possuem caráter evidentemente instrumental, visando tutelar o próprio processo penal, a preventiva com fundamento em garantia da ordem pública não tutela o curso do processo no qual tenha sido decretada.<sup>2</sup>

Por lhe faltar o caráter instrumental próprio das medidas cautelares, trata-se de fundamento muito criticado por parte doutrina. A preventiva com fundamento em garantia da ordem pública é criticada na medida em que a expressão “ordem pública” é de difícil definição, de forma que se argumenta ser possível a ocorrência de arbitrariedade em sua aplicação, razão pela qual se defende sua inconstitucionalidade<sup>3</sup>.

O alcance da expressão garantia da ordem pública oscilou entre forma de garantir a integridade física do acusado e garantir a credibilidade da justiça, sendo certo que a jurisprudência fixou o entendimento de que se trata da tutela do risco de reiteração delituosa, em conjunto com a gravidade do fato delituoso praticado e sua repercussão social<sup>4</sup>.

No contexto do Direito Penal Juvenil, a prisão preventiva como garantia da ordem pública ganha destaque, na medida em que o STJ passou a entender, a partir de 2016, que os atos infracionais pretéritos possam ser considerados para fins da preventiva sob essa fundamentação.

Isto é, muito embora se reconheça que o ato infracional pretérito não caracteriza reincidência ou maus antecedentes, pois não têm natureza de crime, o STJ sanou divergência entre suas Turmas a fim de reconhecer a possibilidade de o ato infracional ser utilizado como fundamento de decretação de prisão preventiva.

Anteriormente, aqueles que defendiam a impossibilidade de utilização do registro de atos infracionais no processo penal argumentavam que os fatos ocorridos na adolescência eram acobertados por sigilo e submetidos a medidas judiciais voltadas principalmente à proteção dos jovens. Desta forma, os atos infracionais anteriores

---

<sup>2</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 263.

<sup>3</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 525.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 84.498/BA. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79647>> Acesso em: 19 mai. 2020.

somente poderiam ser valorados na apuração de outros atos infracionais, e não no processo por crimes<sup>5</sup>.

Esse entendimento se baseava, principalmente, no disposto no art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina que “é vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional”<sup>6</sup>.

Em verdade, o sigilo dos atos infracionais se coaduna com a doutrina da proteção integral adotada pelo Brasil na Constituição Federal de 1988 que reconhece as crianças e adolescentes como pessoas em condição de desenvolvimento merecedoras de proteção especial.

No entanto, decisões em sentido contrário também eram encontradas entre as turmas do STJ<sup>7</sup>, no sentido da possibilidade de valoração do ato infracional pretérito como fundamento para decretação de prisão preventiva.

Os argumentos utilizados se baseavam na ideia de que muito embora o ato infracional não possa ser utilizado para configuração de reincidência ou maus antecedentes, a prática de ato infracional na adolescência pode evidenciar o risco concreto de prática de novos delitos, demonstrando que o a infração penal é rotineira na vida do agente<sup>8</sup>. Por essa razão, entendia-se que poderia fundamentar a decretação e manutenção de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública.

Em razão da divergência evidenciada, a discussão foi afetada à 3ª Seção do STJ para que fosse unificada a interpretação e, em julgamento em 11/02/2016<sup>9</sup>, concluiu pela possibilidade de valoração de atos infracionais pretéritos como indicativo de periculosidade do agente a fim de fundamentar a decretação de prisão preventiva para garantia da ordem pública.

---

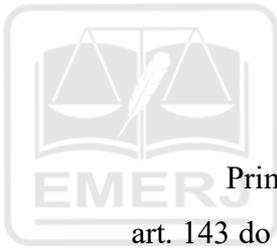
<sup>5</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 55.058*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1408671&num\\_registro=201403359774&data=20150528&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1408671&num_registro=201403359774&data=20150528&formato=PDF)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>6</sup> BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)> Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n. 47.671*. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Disponível em: < [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201401112511&dt\\_publicacao=02/02/2015](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401112511&dt_publicacao=02/02/2015)>. Acesso em: 13 out. 2020.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 43.350*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201304036386&dt\\_publicacao=17/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201304036386&dt_publicacao=17/09/2014)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 63.855*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1489870&num\\_registro=201502348639&data=20160613&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1489870&num_registro=201502348639&data=20160613&formato=HTML)>. Acesso em: 13 mai. 2020.



Primeiramente, admitiu-se que a proteção à criança e ao adolescente prevista no art. 143 do ECA<sup>10</sup> no tocante ao sigilo dos registros de atos infracionais existe, mas esta cessa com a menoridade, de forma que podem ser publicizados e valorados no processo penal.

No entanto, além de confirmar a possibilidade da valoração, o relator afirmou que o juiz pode utilizar excepcionalmente os registros de atos infracionais praticados pelo acusado quando adolescente, fixando parâmetros a serem observados para tanto, de forma que não é todo registro de ato infracional que poderá ser valorado negativamente.

Os critérios a serem observados são: a) a particular gravidade concreta do ato ou dos atos infracionais, não bastando mencionar sua equivalência a crime abstratamente considerado grave; b) a distância temporal entre os atos infracionais e o crime que deu origem ao processo (ou inquérito policial) no curso do qual se há de decidir sobre a prisão preventiva; c) a comprovação desses atos infracionais anteriores, de sorte a não pairar dúvidas sobre o reconhecimento judicial de sua ocorrência.

Portanto, observa-se que os critérios fixados pelo STJ se coadunam com o conceito de “garantia da ordem pública” fixado pelo STF. Em primeiro lugar, o ato infracional anterior deve ter sido comprovado, de forma que não é possível que haja qualquer tipo de dúvida sobre autoria e materialidade. Esse requisito está em consonância com o princípio da presunção de inocência, na medida em que não serve para fundamentar a decretação de prisão preventiva registros de atos infracionais que não tenham sido comprovados.

Ainda, a gravidade concreta do ato infracional e a distância temporal entre ele e o crime são importantes a fim de se determinar que a prisão preventiva é forma que se evitar a reiteração criminosa.

## 2. A PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL NA APLICAÇÃO DA PENA

Uma segunda problematização com relação a utilização de atos infracionais pretéritos no processo penal diz respeito ao aumento da pena base, na dosimetria da pena, com fundamentação na personalidade do agente. Isso porque é possível encontrar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça decisões no sentido de que a prática de ato

---

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

infracional na adolescência é capaz de indicar uma personalidade voltada para o crime e a maior periculosidade do agente.

Neste sentido:

[...] A prática de ato infracional, embora não possa ser utilizada para fins de reincidência ou maus antecedentes, por não ser considerada crime, pode ser sopesada na análise da personalidade do paciente, reforçando os elementos já suficientes dos autos que o apontam como pessoa perigosa e cuja segregação é necessária.<sup>11</sup>

A saber, a dosimetria da pena no processo penal é baseada num sistema trifásico, conforme art. 59 do Código Penal<sup>12</sup>. Na primeira fase busca-se a fixação da pena-base a partir da análise das circunstâncias judiciais previstas, como a culpabilidade do agente, os seus antecedentes, a sua personalidade, circunstâncias e consequências do crime etc.

Na segunda fase da dosimetria são aplicáveis as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas nos artigos 61 e 66, também do Código Penal<sup>13</sup>; e na terceira fase incidem as causas de aumento e diminuição de pena previstas ao longo da Parte Geral e Parte Especial do Código Penal.

Dentre as circunstâncias judiciais previstas, a personalidade do agente diz respeito ao retrato psíquico do autor do crime. É o conjunto de características psicológicas que determinam os padrões das pessoas, definindo a sua individualidade<sup>14</sup>.

Em verdade, personalidade não é um conceito jurídico, e os operadores do sistema de justiça carecem de formação profissional para decidir se a personalidade do sujeito interferiu ou não na prática do crime. Segundo Juarez Cirino dos Santos<sup>15</sup>, a jurisprudência brasileira atribui um significado leigo ao conceito de personalidade, como conjunto de sentimentos e emoções, atividades e reações, que pouco indicam a personalidade do condenado.

Ainda, parte da doutrina entende que a análise desta circunstância para aumento da pena base configura um resquício do chamado “direito penal do autor”, pelo qual o

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 510.354/SP*, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201901384130&dt\\_publicacao=01/07/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901384130&dt_publicacao=01/07/2019)>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>12</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup>SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 123.

<sup>15</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal : Parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 532.



agente é julgado por quem ele é, e não pela conduta praticada<sup>16</sup>. Sendo um conceito indeterminado, sua valoração na dosimetria da pena é questionável.

É firme o entendimento da Corte no sentido de que muito embora os atos infracionais pretéritos não possam ser utilizados para caracterizar maus antecedentes e reincidência, se prestar a valorar negativamente a personalidade do agente para fins de decretação da segregação cautelar, analisada no primeiro capítulo da presente pesquisa.

Com relação à valoração negativa quando da dosimetria da pena, a questão é controvertida. É possível encontrar decisões no sentido de que os “antecedentes infracionais” servem para valorar a pena base com base na personalidade do agente. Nesse sentido<sup>17</sup>:

[...] 2. Embora o envolvimento anterior em atos infracionais não possa ser considerado como maus antecedentes e nem se preste para induzir a reincidência, demonstra a "personalidade voltada para o mundo do crime" e inclinação para a prática delitiva, o que é suficiente para justificar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria.

Ao mesmo tempo, é possível encontrar decisões que negam tal possibilidade. Nesse sentido: "Atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base"<sup>18</sup>.

A divergência encontra-se estampada na Edição nº 26 do compilado de Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que a tese nº 6 dispõe que os atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco para a reincidência, enquanto a tese nº 7 dispõe que os atos infracionais podem ser valorados negativamente na circunstância judicial referente à personalidade do agente.<sup>19</sup> O primeiro entendimento parece ser o mais correto.

Em verdade, princípio reitor do Estatuto da Criança e do Adolescente é o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que indica que crianças e adolescentes merecem tratamento diferenciado daquele dispensado à adultos, nos mais diversos ramos jurídicos. Neste contexto, é reconhecida sua inimputabilidade penal e a

<sup>16</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Coleção Tratado de direito penal*. 26. ed. V.1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1837.

<sup>17</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 198.223/PE*, Rel. Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201100373444&dt\\_publicacao=04/03/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100373444&dt_publicacao=04/03/2013)> Acesso em :31 ago. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 175.280/RS*. Rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001023530&dt\\_publicacao=17/04/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001023530&dt_publicacao=17/04/2013)>. Acesso em :31 ago. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses. *Edição n. 26*: aplicação da pena – circunstâncias judiciais. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

aplicação da legislação específica, quando da prática de um ato infracional análogo a crime, por exemplo.

Ao se utilizar registros infracionais da pessoa para fundamentar uma possível personalidade voltada para o crime ocorre uma verdadeira inversão de valores, afastando o reconhecimento de que a pessoa, quando da prática do ato infracional na adolescência, estava vivenciando um período de transformação e construção de sua personalidade.

A personalidade não está completamente formada na adolescência, de forma que afirmar que a prática de um ato infracional indica que a personalidade é voltada para o crime significa rejeitar o momento de desenvolvimento pelo qual o adolescente está passando.

Ainda, é importante salientar que os atos infracionais praticados por adolescentes na sua maioria correspondem a atos infracionais análogos a crimes patrimoniais e de tráfico de drogas.<sup>20</sup>

Isso se justifica quando se observa que os adolescentes infratores, em sua maioria, estão inseridos num contexto de vulnerabilidade social que muitas vezes o inclinam para a prática de tais atos, conforme pesquisa realizada pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos<sup>21</sup>:

A faixa de renda salarial das famílias dos adolescentes está entre ‘sem renda’ e ‘menos de um salário mínimo’ (tabela 36), ou seja, 81%, sendo que na tabela 35 tem a média dos membros que moram na residência do adolescente, verificando que grande parte tem entre 4 a 5 membros que fazem parte da família (72%). Insere-se que com menos de um salário mínimo R\$ 937,0016 (novecentos e trinta e sete reais) mensais para uma família de 4 a 5 pessoas (tabela 37).

Neste contexto, não é possível concluir que o simples fato de a pessoa ter praticado o ato infracional na adolescência indica que possui a personalidade voltada para o crime, ignorando as demais circunstâncias que o levaram a prática do ato. Para tanto, seria necessária, no mínimo, a elaboração de estudos psicossociais desde a ação socioeducativa promovida contra o então adolescente, durante a execução da medida socioeducativa e no curso do processo penal.

Isto é, muitas vezes os adolescentes cumprem suas medidas socioeducativas de privação de liberdade em unidades que não lhes garantem o acesso à educação, à atividades profissionalizantes e ao convívio social, que também é importante para que as

<sup>20</sup> BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). *Levantamento anual sinase 2017*. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019, p. 50.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 102.



finalidades da medida sejam alcançadas. Neste contexto, não se pode ignorar a realidade do cumprimento das medidas socioeducativa quando analisado o cometimento de crime pelo egresso.

Por fim, a reiteração de condutas delituosas na vida adulta pode significar a falha estatal em prestar assistência aos adolescentes infratores, que são submetidos a execução de medidas socioeducativas em unidades que muitas vezes não cumprem o seu papel que, além de certa forma punir pelo ato praticado, devem reeducá-los.

### 3. O REGISTRO DE ATOS INFRACIONAIS COMO FUNDAMENTO PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Cumprir analisar a possibilidade de que atos infracionais afastem a aplicação da figura do tráfico privilegiado prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06<sup>22</sup>. De acordo com o referido dispositivo legal, as penas previstas para o crime de tráfico de drogas podem ser reduzidas, de um sexto a dois terços, caso o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Trata-se do “tráfico privilegiado”, que configura verdadeira causa de diminuição da pena do crime de tráfico de drogas, aplicável quando o agente preencher os requisitos legais elencados: acusado primário, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração de organização criminosa.

Sendo uma causa de diminuição de pena, cabe ao juiz fixar o quanto será diminuído, frente a ausência de previsão legal, tendo a jurisprudência fixado como parâmetro a quantidade e natureza da droga apreendida, analisada em conjunto com as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal<sup>23</sup>.

A questão a ser aqui discutida é quanto à possibilidade de que atos infracionais praticados durante a adolescência possam determinar que o agente se dedique à atividade criminosa, hipótese em que seriam idôneos a afastar a aplicação do tráfico privilegiado, uma vez que o agente não preencheria os requisitos legais.

O requisito de não dedicação à atividades criminosas indica que o agente deve desenvolver alguma atividade laborativa lícita e habitual, de forma a indicar que não

<sup>22</sup> BRASIL. Lei nº 11.343/06. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 13 set. 2020.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

possui personalidade voltada para o crime e o crime de tráfico imputado a ele foi um evento isolado de sua vida. Ainda, o juiz deve se basear em dados concretos que indiquem a dedicação às atividades criminosas, a fim de que afaste a causa de diminuição da pena, sob pena de qualquer ação ser considerada incompatível com a sua aplicação<sup>24</sup>.

A jurisprudência do STJ<sup>25</sup> parece majoritariamente entender pela possibilidade de atos infracionais fundamentarem o afastamento do tráfico privilegiado, sob a justificativa de que o registro de atos infracionais é idôneo a demonstrar a dedicação do agente às atividades criminosas, a saber:

[...] a existência de atos infracionais praticados pelo agente, embora não caracterizem reincidência ou maus antecedentes, podem denotar dedicação às atividades criminosas, de modo a justificar a negativa da minorante do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais [...].

É preciso salientar, contudo, acerca da existência de decisões em sentido contrário. De acordo com tais decisões, o ato infracional, por não ser considerado crime, não pode ser utilizado como fundamentação para afirmar a dedicação do agente às atividades criminosas. Nesse sentido<sup>26</sup>:

[...] a instância de origem afastou o tráfico privilegiado em razão da prática atos infracionais pelo acusado como forma de indicar a habitualidade criminosa. Entretanto, esse fundamento, por si só, se revela inidôneo, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, impondo a aplicação §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 [...].

Inicialmente, cumpre lembrar que, de acordo com o art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>27</sup> o registro de atos infracionais é sigiloso, de forma que não pode ser utilizado em desfavor do agente. Ainda, questiona-se: como o registro infracional pode fundamentar a dedicação às atividades criminosas quando atos infracionais sequer podem ser considerados crimes?

De acordo com o comando previsto no art. 228 da Constituição Federal<sup>28</sup>, com base no princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, os menores de 18 anos são considerados inimputáveis, sujeitos à legislação específica. Neste contexto,

<sup>24</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 757.

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1.560.667 / SC*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502587001&dt\\_publicacao=23/10/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502587001&dt_publicacao=23/10/2017)>. Acesso em: 12 set. 2020.

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.172.443 – MS*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1703349&num\\_registro=201702460186&data=20180504&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1703349&num_registro=201702460186&data=20180504&formato=HTML)> Acesso em: 12 set. 2020.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>28</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.



entende-se que o menor de 18 anos não pratica crimes, mas sim atos infracionais análogos à crimes, sendo-lhe aplicável como consequência do seu ilícito uma medida socioeducativa, e não uma pena.

Portanto, tendo em vista todo o sistema protetivo inaugurado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, parece contraditório admitir a utilização dos registros infracionais para concluir sobre a dedicação do agente para a atividade criminosa, já que ato infracional não é espécie de crime.

Por outro lado, ainda que se admita a utilização do registro de atos infracionais em desfavor do agente, a verificação indiscriminada de tal registro com finalidade de constatar a dedicação à atividade criminosa pode consistir em arbítrio judicial.

Em verdade, da mesma forma que ocorre com a utilização de registros infracionais para a decretação da prisão preventiva, a sua utilização para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado deveria obedecer a requisitos, tais como a análise da natureza do ato infracional foi praticado e principalmente se este ato infracional foi processado e julgado, tendo sido comprovada a autoria e materialidade do adolescente.

Essa necessidade se evidencia, sobretudo, quando se verifica que, em sede do Direito Penal Juvenil, em que pese sua semelhança ao processo penal, há algumas diferenças fundamentais. Por exemplo, ainda que o adolescente responda por ação socioeducativa, sendo-lhe aplicada a medida de advertência, não é possível falar que a autoria do ato infracional foi comprovada. Isso porque, de acordo com o art. 114, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>29</sup>, para a aplicação da advertência basta indícios suficientes de autoria.

Neste contexto, por exemplo, a simples análise do registro de atos infracionais poderia concluir pela dedicação à atividade criminosa, afastando a aplicação da diminuição da pena, quando na verdade a autoria do ato infracional sequer chegou a ser comprovada.

Da mesma forma, diferente do que ocorre no processo penal, no qual a justa causa (indícios de autoria e materialidade do delito) é requisito essencial da denúncia ou queixa, na ação socioeducativa a representação do Ministério Público independe de comprovação da autoria e materialidade, nos termos do art. 182, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>30</sup> Ibidem.



Por isso, se for possível falar em verificação dos registros infracionais do adolescente como fundamentação para afirmar a dedicação à atividades criminosas do agente, é preciso que isso seja feito de maneira fundamentada, com análise concreta dos registros, sobretudo a natureza do ato infracional praticado e se houve comprovação da autoria e materialidade. Portanto, não basta simplesmente uma análise no sentido de que o fato de o agente ter sido submetido a ação socioeducativa implica na constatação de que ele se dedica à atividade criminosa, sob pena de ocorrerem erros.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou analisar a flexibilização jurisprudencial no que tange ao sigilo do registro de atos infracionais praticados durante a adolescência. Neste contexto, a análise partiu de decisões judiciais que permitem a valoração da prática de atos infracionais para decretação da prisão preventiva, como fundamento na garantia da ordem pública; para fundamentar a personalidade voltada para o crime na dosimetria da pena; e para fundamentar o afastamento do tráfico privilegiado, pela reiteração de condutas criminosas.

Conforme examinado, a jurisprudência caminha no sentido de possibilitar a valoração dos atos infracionais para decretação de prisão preventiva, fixando alguns parâmetros para tanto, e para o afastamento do tráfico privilegiado, sem observar critérios pré fixados. Já quanto a valoração negativa da personalidade do agente, há julgados que admitem, e julgados que entendem não ser possível.

Importante salientar que, conforme demonstrado, a valoração negativa dos atos infracionais praticados na adolescência não deveria ser admitida, tendo em vista principalmente que, com base nos princípios que regem o Direito da Criança e do Adolescente, os menores de dezoito anos são considerados inimputáveis e não praticam crimes, mas atos infracionais. Por isso, os atos infracionais não poderiam ser valorados como se crime fossem.

Contudo, uma vez que a jurisprudência dos Tribunais admite a valoração negativa, é importante que esta seja feita com base em parâmetros pré fixados, sob pena de importar em uma dupla penalidade indevida ao autor do crime. Nesse sentido, importante a fixação de parâmetros para fundamentar a valoração de atos infracionais na decretação de prisão preventiva, sendo necessário que também sejam fixados parâmetros para que seja afastado o tráfico privilegiado.



Por fim, não se pode esquecer que a Doutrina da Proteção Integral, expressamente adotada pela CRFB/88, inaugura um sistema protetivo, e uma vez que há a prática de ato infracional, resta-se demonstrado a falha no sistema de proteção. Ainda, quando há prática de crimes na vida adulta posteriormente ao cumprimento de medidas socioeducativas na adolescência, ao invés de se buscar o recrudescimento do tratamento jurídico-penal aplicável, é preciso que se analise criticamente o sistema socioeducativo para verificar se há efetividade na forma de execução das medidas aplicadas ou se estas corroboram para a estigmatização e posterior envolvimento do adolescente em atividades criminosas.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Coleção Tratado de direito penal*. 26 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 13 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)> Acesso em: 13 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.343/06*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 13 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). *Levantamento anual SINASE 2017*. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1.560.667 / SC*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502587001&dt\\_publicacao=23/10/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502587001&dt_publicacao=23/10/2017)>. Acesso em: 12 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.172.443 – MS*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1703349&num\\_registro=201702460186&data=20180504&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1703349&num_registro=201702460186&data=20180504&formato=HTML)>  
Acesso em: 12 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84.498/BA*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79647>> Acesso em: 19 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 175.280/RS*. Rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001023530&dt\\_publicacao=17/04/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001023530&dt_publicacao=17/04/2013)>. Acesso em: 31 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 198.223/PE*, Rel. Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201100373444&dt\\_publicacao=04/03/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100373444&dt_publicacao=04/03/2013)> Acesso em: 31 ago. 2020.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 510.354/SP*, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201901384130&dt\\_publicacao=01/07/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901384130&dt_publicacao=01/07/2019)>. Acesso em: 31 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 43.350*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201304036386&dt\\_publicacao=17/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201304036386&dt_publicacao=17/09/2014)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 55.058*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1408671&num\\_registro=201403359774&data=20150528&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1408671&num_registro=201403359774&data=20150528&formato=PDF)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

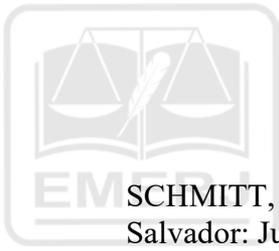
\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 63.855*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1489870&num\\_registro=201502348639&data=20160613&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1489870&num_registro=201502348639&data=20160613&formato=HTML)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses. Edição n. 26: aplicação da pena – circunstâncias judiciais*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. Renato Brasileiro de Lima- 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal : Parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.



SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

## A INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO MEIO DE PROVA NA LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI Nº 12.850/13)

Pedro Carvalho Maia Castro

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogado.

**Resumo** – as organizações criminosas se desenvolveram de forma intensa ao longo do tempo, tornando-se verdadeiras estruturas empresariais voltadas à prática de delitos. Desta forma, a repressão estatal ao crime organizado teve que se aprimorar, com a adoção de meios de prova mais eficazes, como a infiltração de agentes no seio do grupo criminoso. A essência do presente trabalho é abordar as discussões acerca de tal meio de prova por um ponto de vista teórico e prático, apresentando as controvérsias existentes, em especial sob o enfoque da moralidade administrativa.

**Palavras-chave** – Direito processual penal. Infiltração policial. Meio de prova. Validade.

**Sumário** – Introdução. 1. A profissionalização das organizações criminosas e a necessidade da adoção de um meio de prova invasivo e arriscado. 2. Validade da infiltração de agentes quando observada pelo prisma da ética e moralidade. 3. Licitude das provas colhidas em infiltração policial: uma análise crítica sob o aspecto dos requisitos autorizadores. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica irá tratar da infiltração policial utilizada como meio de prova em face das organizações criminosas no Brasil, discutindo as problemáticas referentes ao tema.

As organizações criminosas assumem especial relevo no contexto histórico e político nacional, tendo em vista o seu poderio bélico, financeiro, bem como a sua capacidade de influenciar as instituições e a sociedade.

Com o poder adquirido, torna-se especialmente difícil a investigação criminal em face destas organizações, de modo que é necessária a adoção de meios de prova mais invasivos, em detrimento dos meios tradicionais de prova.

Tais meios tradicionais de prova, como a testemunhal e documental, revelam-se de certa forma ineficazes contra as organizações criminosas, tendo em vista a prática da



destruição de provas, bem como o acordo de silêncio entre os integrantes de determinada organização.

A presente análise se justifica pelo forte uso da técnica especial de investigação da infiltração de agentes policiais em face de organizações criminosas, bem como pela existência de forte discussão na literatura especializada sobre o tema.

Ademais, há pressão da mídia e da própria sociedade para que o Estado, por meio dos órgãos investigatórios e judiciais, exerça um combate eficiente contra tais organizações.

O meio de prova objeto do presente trabalho desperta amplo debate doutrinário quando analisado por princípios éticos e também pelos riscos aos quais o agente infiltrado é submetido.

Com isso, o primeiro capítulo do presente trabalho explora se a profissionalização das organizações criminosas, com ampliação da sua influência política e econômica, justifica a adoção de um meio de prova mais perigoso e invasivo.

Posteriormente, outra questão que se mostra importante é até que ponto a adoção deste meio de prova deve ser considerado ético, tendo em vista que o Estado estaria concedendo um de seus agentes para que cometa crimes junto à organização criminosa. Uma parcela da doutrina sustenta que o Estado tem missão de promover valores sociais, e que a concessão de um de seus agentes para uma organização criminosa violaria tal preceito, devendo ser considerada ilegítima.

Por fim, no terceiro capítulo, é demonstrada a validade ou não de eventuais provas colhidas com uso da infiltração policial, de acordo com os requisitos legais necessários, sendo apresentados casos verídicos nos quais as provas foram consideradas ilícitas.

Para isso, serão analisados os aspectos que demonstram o atual poderio dos grupos criminosos, apresentando um breve histórico acerca da sua origem e consolidação em solo nacional.

No campo do debate sobre a eticidade e moralidade do uso da infiltração policial, são expostas opiniões divergentes sobre o tema, de autores especializados, para que se chegue a uma concepção final, de acordo com todo o exposto no trabalho.

O método utilizado para a pesquisa será o hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende definir um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e oportunas para analisar a problemática objeto da pesquisa, no intuito de analisá-la de maneira argumentativa e crítica.

Neste sentido, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, posto que pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, com apoio da legislação e da jurisprudência para sustentar a sua tese.

## 1. A PROFISSIONALIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E A NECESSIDADE DA ADOÇÃO DE UM MEIO DE PROVA INVASIVO E ARRISCADO

As organizações criminosas, em um panorama geral, decorrem de um Estado ineficaz no combate à criminalidade e na promoção de direitos, configurando-se como ameaça à sociedade e ao Estado Democrático de Direito, visto que praticam inúmeras infrações penais de grande vulto, bem como influenciam na ordem política dos países.

Em geral, configuram-se como coletivos nacionais ou transnacionais que se envolvem em atividades criminosas, com o objetivo principal de obtenção de lucro, por meio de poderio financeiro, bélico e político.

Segundo o autor Renato Brasileiro de Lima<sup>1</sup>, não há como datar exatamente o surgimento das organizações criminosas, não obstante seja possível identificar os grupos mais poderosos e traçar características semelhantes entre eles.

Em solo estrangeiro, podem ser observadas a Máfia Italiana, a Japonesa (*Yakuza*) e a Chinesa (Tríade Chinesa), que possuem como origem comum a proteção da população camponesa face aos abusos praticados pelos governantes, batalhando também contra o abandono estatal sofrido por essa comunidade.

Em solo nacional, aponta-se como a hipótese mais distante de criminalidade organizada o movimento “Cangaço”, liderado por Lampião na região Nordeste, rebelando-se contra a falta de emprego e condições de vida dos camponeses daquela região.<sup>2</sup>

Em prosseguimento, Eduardo Araújo Silva<sup>3</sup> defende ainda que o jogo do bicho teria sido a primeira infração penal desempenhada de forma organizada do país, no século XX, com intuito inicial de salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro, que estava em péssimas condições, com posterior popularização e uso da ferramenta por parte de grupos criminosos e políticos corruptos.

<sup>1</sup>LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 479.

<sup>2</sup>JOSÉ, Maria Jamile. *A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada*. 2010. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2010, p. 16.

<sup>3</sup>SILVA, Eduardo Araújo. *Crime Organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25-26.

Nos dias atuais, são dotados de grande poder e influência o Comando Vermelho (“CV”) surgido no Rio de Janeiro e o Primeiro Comando da Capital (“PCC”), originário de São Paulo, ambos inicializados no interior de penitenciárias.

Inicialmente restrita aos estabelecimentos prisionais, a atuação de tais grupos ao longo do tempo se estendeu por todo o território nacional, alastrando-se ainda pelos demais países da América Latina e África, exercendo como atividade principal o tráfico de drogas.

Ambas as organizações criminosas detêm extremo poderio e importância, levando à sua profissionalização, fazendo uso de estruturas quase empresariais e um rígido “código de conduta” interno.

No âmbito dessas regras, existe um “código de silêncio” entre os integrantes, ou seja, na eventualidade de que algum deles seja preso, tem-se a confiança de que este não delatará os demais participantes e as práticas da organização.

Ademais, as organizações criminosas aplicam a prática de destruição das provas que venham a incriminá-las, bem como intimidam testemunhas que possam participar da instrução criminal em seu desfavor.

Com a adoção de tais práticas, compromete-se a efetividade dos meios tradicionais de obtenção de prova, tendo em vista a dificuldade de se obter confissões, provas testemunhais e documentos em desfavor dos investigados.

Nesse sentido, sustenta Maria Jamile José<sup>4</sup>:

além disso, sua atuação é no sentido de eliminar ou alterar quaisquer provas existentes contra eles. São empregados, para tanto, desde métodos tradicionais, tais como a imposição da “lei do silêncio” sobre os integrantes da organização e sobre testemunhas em geral – o temor da vingança, naturalmente, dificulta a obtenção de prova oral nas investigações criminais que envolvem o crime organizado -, até o uso de tecnologias de ponta – em muitos casos, superiores às que dispõem as forças policiais.

Na mesma linha, Mariângela Lopes Neistein<sup>5</sup>:

o agente infiltrado tem se justificado devido ao avanço dos meios utilizados pelos membros das organizações criminosas e da dificuldade em se conseguir elementos a respeito de infrações por meio delas perpetradas, que ultrapassam as condições hodiernas de investigação pelo Estado. Assim, por questão de política criminal, passou-se a admitir, em algumas legislações, tal figura, considerando-se este o

---

<sup>4</sup>JOSÉ, op. cit., p. 65.

<sup>5</sup>NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2006, p. 47.

único meio de se descobrir e desmantelar referidas organizações, que tanto perigo geram à sociedade.

Deve ser considerado ainda o fato de que, como as organizações são extremamente reprovadas pela população, há uma forte pressão desta, em conjunto com a mídia, por um combate mais efetivo em desfavor dos grupos criminosos.

Nesta conjuntura, a Lei nº 12.850/13 trouxe a regulamentação de diversas técnicas especiais de investigação em face das organizações criminosas, algumas destas técnicas de natureza mais incisiva, tal como a infiltração de agentes (objeto do presente artigo) e a colaboração premiada.

O uso da infiltração de agentes policiais, no contexto atual, se mostra necessário para que seja possível um combate mais efetivo em face das organizações criminosas, visto que o agente infiltrado atuaria no seio do grupo criminoso, acompanhando todas as práticas perpetradas.

Ao atuar junto da organização criminosa, o agente infiltrado coletará provas, mantendo contato constante com as autoridades policiais, até que se chegue à uma oportunidade de efetivamente impor o *jus puniendi* estatal, condenando o maior número de integrantes e apreendendo a maior quantidade de produtos decorrentes das práticas ilícitas.

Nesta análise, o ordenamento jurídico brasileiro é expresso no sentido da admissibilidade da infiltração policial, desde que seguidos os requisitos legais, muito embora tal técnica seja alvo de diversas críticas da doutrina, as quais serão discutidas em capítulo próprio.

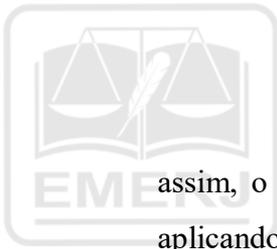
Outro ponto que merece destaque, além da questão da efetividade, é se o resultado advindo da infiltração policial compensa os extremos riscos aos quais o agente infiltrado esteve submetido durante o procedimento, bem como após a realização do feito.

Atenta a tal possibilidade, a Lei nº 12.850/13<sup>6</sup> elencou diversos mecanismos de proteção ao agente infiltrado, para que seja preservada a sua própria integridade física, mas também de seus familiares.

Inicialmente, o artigo 14 da Lei nº 12.850/13<sup>7</sup> trata como direito do agente a possibilidade de recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada, bem como ter seu nome, qualificação, identidade, imagem e voz preservados durante a investigação criminal. Ainda

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 16 mai. 2020.

<sup>7</sup>Ibidem.



assim, o inciso II do referido artigo denota que o agente pode ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, a Lei 9.807/99, que trata do Programa Federal de assistência a vítimas e testemunhas ameaçadas.

Por fim, o agente tem o direito de não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

Logo, no presente capítulo, foi demonstrado que a intensa profissionalização das organizações criminosas gera uma forte dificuldade de se combatê-las, de modo que se torna necessária a adoção de uma técnica de investigação mais invasiva e perigosa para o agente que venha a ser infiltrado no seio do grupo criminoso.

A legislação e jurisprudência brasileiras, como será demonstrado em capítulo próprio, admitem a possibilidade e validade das provas assim obtidas, desde que seguidos os requisitos legais, de modo que entendem ser proporcional o risco produzido, em relação ao resultado que pode ser obtido pela infiltração do agente.

## 2. VALIDADE DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES QUANDO OBSERVADA PELO PRISMA DA ÉTICA E MORALIDADE

No presente capítulo, como explicitado anteriormente, será debatido até que ponto a adoção da infiltração de agentes por parte do Estado deve ser válida, quando observada sob um prisma ético e moral.

A discussão se torna relevante pois a parcela crítica da doutrina entende que o Estado tem a missão de promover valores sociais éticos e deve pautar suas ações no princípio da moralidade, previsto expressamente na Constituição da República em seu artigo 37.

Pela moralidade, em âmbito processual penal, o Estado deveria valer-se de técnicas morais no combate à criminalidade, independente dos delitos eventualmente praticados pela organização.

Tais discordâncias residem na utilização de simulação e fraude por parte do agente infiltrado (representante do Estado), visto que há o fornecimento de um servidor para a execução de delitos de uma organização criminoso, sendo certo que tal agente irá, invariavelmente, cometer delitos.

Em suma, sustenta-se que é um instituto que se propõe a reprimir o crime organizado ao mesmo tempo em que comete delitos, o que seria incompatível com a moralidade administrativa de ordem constitucional.

Neste sentido ensina Juarez Cirino dos Santos<sup>8</sup>:

[...] a figura do agente infiltrado em quadrilhas ou organizações e/ou associações criminosas, como procedimento de investigação e de formação de provas, com a inevitável participação do representante do poder em ações criminosas comuns, infringe o princípio ético que proíbe o uso de meios imorais pelo Estado para reduzir a impunidade.

Na mesma lógica, em uma crítica mais incisiva, analisando aspectos de ordem prática, Luiz Flávio Borges D'Urso<sup>9</sup>:

temo este dispositivo, que poderá inaugurar uma categoria de agentes policiais acima da lei, autorizados por esta a praticar crimes, tudo objetivando punir autores dessas infrações penais. (...) Ora, como admitir que poderemos autorizar um agente policial assaltar, para o fim de se prender e punir assaltantes? O Estado não estaria caindo num contra-senso? Essas questões se colocam para o plano prático. Há que se meditar sobre o desvio de conduta do 'infiltrado', que poderá trazer mais males do que contribuição efetiva à investigação criminal, sem falar no altíssimo risco de vida que o agente policial infiltrado correrá.

Faz-se oportuno ressaltar que não só a infiltração policial é alvo de críticas da doutrina, mas expressiva parte do conteúdo da Lei nº 12.850/2013. Somam-se à infiltração de agentes, como objeto de crítica, a colaboração premiada (artigos 3º-A a 7º da norma) e a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (artigo 3º, II).<sup>10</sup>

Seguindo essa orientação, Eugenio Pacelli<sup>11</sup> rejeita as normas contidas na referida Lei, conforme o seguinte trecho:

[...] por entendê-las excessivas e, por isso, inconstitucionais no horizonte normativo que deve obediência ao paradigma do Estado de Direito, e, ainda mais especificamente, (...) ao princípio da moralidade administrativa consagrado no art. 37, da Constituição da República.

<sup>8</sup>SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime Organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 42, p. 224, jan. mar. 2003.

<sup>9</sup>BORGES D'URSO, Luiz Flávio. *Lei nova autoriza infiltração de policiais em quadrilhas*. Disponível em: <<https://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/1645577/lei-nova-autoriza-infiltracao-de-policiais-em-quadrilhas>>. Acesso em: 04 ago. 2020.

<sup>10</sup>BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>11</sup>OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 875.



Por outro lado, aqueles que militam pela validade ética da infiltração de agentes o fazem pela necessidade do uso de técnicas de investigação mais eficazes em face das organizações criminosas, tendo em vista o seu forte poderio, em argumentação semelhante à apresentada no capítulo anterior.

Ressaltam que a infiltração policial, por inserir um agente do Estado diretamente no seio da organização criminosa, é dotada de eficácia avançada na obtenção de provas e possibilita uma maior repressão à criminalidade organizada.

A inserção do agente como membro da organização criminosa seria mais eficaz do que os meios tradicionais de prova, tendo em vista que estes se mostram incapazes de quebrar o código de silêncio estabelecido entre os integrantes do grupo criminoso, bem como a comum prática de destruição de provas.

Participando das práticas delituosas, o policial infiltrado tem contato direto com elementos probatórios, facilitando a sua obtenção e, posteriormente, o robustecimento da ação penal em desfavor dos grupos criminosos.

Nesta perspectiva, Renato Brasileiro de Lima<sup>12</sup>:

os tradicionais meios de obtenção de prova previstos na legislação processual penal têm se mostrado ineficazes para fazer frente à expansão das organizações criminosas (...) Isso, no entanto, não autoriza qualquer conclusão no sentido da sua inconstitucionalidade. Em primeiro lugar, porque se trata de procedimento investigatório que demanda prévia autorização judicial. Segundo, porque sua utilização é medida de ultima ratio (...). Em conclusão porque, à luz do princípio da proporcionalidade, a periculosidade social inerente às organizações criminosas acaba justificando o emprego de procedimentos investigatórios mais invasivos, sem os quais os órgãos estatais não seriam capazes de localizar fontes de prova e coligir elementos de informação necessários para a persecução penal.

Mariângela Lopes Neistein<sup>13</sup> também sustenta a referida posição:

o agente infiltrado tem se justificado devido ao avanço dos meios utilizados pelos membros das organizações criminosas e da dificuldade em se conseguir elementos a respeito de infrações por meio delas perpetradas, que ultrapassam as condições hodiernas de investigação pelo Estado. Assim, por questão de política criminal, passou-se a admitir, em algumas legislações, tal figura, considerando-se este o único meio de se descobrir e desmantelar referidas organizações, que tanto perigo geram à sociedade.

---

<sup>12</sup>LIMA, op. cit., p. 567.

<sup>13</sup>NEISTEIN, op. cit., p. 47.



Diante do exposto, compreende-se que as críticas de ordem ética contra a adoção da infiltração de agentes são válidas, tendo em vista que, de fato, o agente do Estado fará parte da organização criminosa, cometendo crimes, ou, no mínimo, sendo conivente com a prática delituosa.

Tais críticas devem ser levadas em consideração quando da análise da necessidade da medida, balizando a sua autorização ou não sob o prisma da razoabilidade e proporcionalidade, observando as circunstâncias do caso concreto.

Ocorre que, como tratado no primeiro capítulo, as organizações criminosas tornaram-se verdadeiras estruturas empresariais voltadas para a prática de delitos, dificultando o combate por parte do poder público.

Neste sentido, a infiltração de agentes se justifica pela possibilidade mais concreta de coleta de provas, sendo mais eficaz quando comparada com os meios convencionais de prova, impulsionando a repressão estatal ao crime organizado.

A fim de exemplificar tal eficácia, faz-se oportuno destacar, dentre outras, a operação “Os infiltrados”, realizada no âmbito da Corregedoria Interna (Coinpol) da Polícia Civil do Rio de Janeiro.<sup>14</sup>

Na referida operação, foram presos dois delegados e cinco agentes da polícia civil estadual, denunciados por organização criminosa, extorsão mediante sequestro, concussão e prevaricação, sendo a utilização da técnica de infiltração policial essencial para o êxito da operação.

A investigação policial conseguiu comprovar que os denunciados sequestraram, em agosto de 2017, um indivíduo ligado ao tráfico de drogas na comunidade da Chatuba, no Rio de Janeiro, sendo ele conduzido para a delegacia e mantido nela até que seus parentes pagassem uma propina exigida pelos policiais.

Além disso, em outra oportunidade, os envolvidos realizaram a prisão de um indivíduo por lesão corporal em situação de violência doméstica, porém, ao chegar à delegacia, o acusado efetuou pagamento de propina aos agentes e foi liberado, sem qualquer registro do fato.

---

<sup>14</sup>EXTRA. *Policiais são presos por extorsão mediante sequestro e por libertar agressor após propina.* Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/policiais-sao-presos-por-extorsao-mediante-sequestro-por-libertar-agressor-apos-propina-23164385.html>>. Acesso em: 20 ago. 2020.



Há de se ressaltar que, neste caso, tratando-se de delitos praticados por agentes policiais dotados de autoridade e influência, o uso de meios tradicionais de prova poderia ser inócuo e levar à impunidade dos envolvidos.

### 3. LICITUDE DAS PROVAS COLHIDAS EM INFILTRAÇÃO POLICIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB O ASPECTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES

No presente capítulo, depois de superada a questão relativa à necessidade da adoção da infiltração policial no combate à criminalidade organizada, bem como o debate acerca da sua moralidade, cabe a análise da licitude de tais provas quando confrontadas com os requisitos que a legislação exige.

Vale ressaltar que a exigência e respeito a tais requisitos não pode soar como um obstáculo a persecução penal em face das organizações criminosas, mas sim como um meio de proteção da própria investigação criminal, do agente que se infiltrará no grupo e das garantias fundamentais dos investigados, conforme será demonstrado.

Inicialmente, a Lei nº 12850/13 destaca no artigo 10<sup>15</sup> a necessidade de representação do delegado de polícia ou requerimento do membro do Ministério Público, sendo obrigatoriamente precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial.

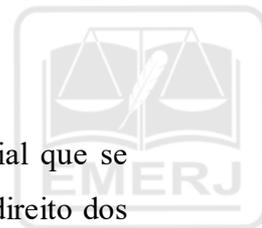
A autorização se mostra imprescindível para que sejam estabelecidos os limites da atuação do agente a ser infiltrado. Delimita-se, assim, o tempo de duração da prática, eventual combinação com demais meios de prova, indicando-se orientações e outros aspectos.

A decisão que autoriza a infiltração do agente deve ser motivada, observando fielmente o artigo 93, IX da Constituição da República<sup>16</sup>. Consubstancia-se como mecanismo de proteção da própria instrução criminal, pois ao possibilitar a conjugação da infiltração com outros meios de prova, o magistrado promove efetividade à operação, em vista que torna prescindível a realização de novos requerimentos de autorização.

Ademais, a vênua judicial, ao estabelecer limitações, funciona como mecanismo de proteção das garantias processuais dos próprios investigados, pois delimita a atuação do agente infiltrado.

<sup>15</sup>BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>16</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 set. 2020.



Neste ponto, observa-se uma preocupação com o modo de agir do policial que se infiltrará, que deve pautar-se nos princípios constitucionais e legais, respeitando o direito dos investigados e a limitação imposta na decisão autorizadora da infiltração, sendo certo que eventuais excessos devem ser punidos.

Assim argumenta Renato Brasileiro de Lima<sup>17</sup>:

afinal, a infiltração não pode constituir uma "carta branca" para violações, realizáveis pela discricionariedade (ou arbitrariedade) do próprio agente infiltrado. Logo, há necessidade de autorização e monitoramento para que, antes mesmo da violação do direito, possa o juiz fazer tal julgamento, autorizando ou não, nos limites legais, a violação de uma garantia fundamental.

Nesse panorama, ressalte-se que para a validade da infiltração de agentes devem estar presentes elementos indiciários da existência dos delitos praticados pelo grupo criminoso (*fumus comissi delicti*). Em mesmo sentido, exige-se a verificação concreta do risco ou prejuízo que a não realização de técnica de investigação possa apresentar para o sucesso da apuração do delito (*periculum in mora*).

Ademais, a infiltração policial deve ser subsidiária e complementar, havendo a necessidade da demonstração de que o lastro probatório desejado não pode ser produzido por outros meios, observando-se a lógica da *ultima ratio* conjugada com o princípio da proporcionalidade. Neste sentido, quando possível o colhimento da prova por outro meio em que haja menor restrição à liberdade individual do agente, este deverá ser adotado em detrimento da infiltração.

Demonstrando como o magistrado deve atuar no caso concreto, Cleber Masson e Vinícius Marçal<sup>18</sup> explicitam:

ao apreciar o pedido de infiltração, de forma circunstanciada, motivada e sigilosa, o magistrado deverá responder ao menos quatro questionamentos, quais sejam: a) O meio de investigação (infiltração policial) é adequado à obtenção do fim perseguido na operação encoberta? b) Foram demonstrados os indícios mínimos da prática do crime de organização criminosa (fragmentariedade)? c) Foram previamente esgotadas outras medidas investigativas (subsidiariedade) menos invasivas aos direitos fundamentais dos investigados (princípio da necessidade)? d) As vantagens derivadas do fim público que se persegue (direito difuso à segurança pública) compensam os eventuais prejuízos provocados aos direitos individuais que serão violados?

<sup>17</sup>LIMA, op. cit., p. 570.

<sup>18</sup>MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. p. 311.



Por fim, o agente que se infiltrará no seio da organização criminosa deve anuir com a adoção da medida, tendo direito de recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada, conforme o artigo 14, I<sup>19</sup> da lei regente, sendo certo que tal recusa não caracterizará insubordinação nem eventual violação de deveres funcionais.

No intuito de exemplificar a necessidade do cumprimento dos requisitos autorizadores, faz-se oportuno ressaltar a decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 147837<sup>20</sup>, que declarou a ilicitude da infiltração policial e das provas dela decorrentes, em uma ação penal em desfavor de grupo que supostamente planejava ações criminosas durante a Copa do Mundo de 2014.

No caso concreto, inicialmente, o agente estava designado apenas como agente de inteligência de prevenção genérica, para coletar dados a fim de subsidiar a Força Nacional de Segurança em atuação estratégica diante dos movimentos sociais e dos protestos que ocorreram no Brasil em 2014. Nesta hipótese, com a única atribuição de colher informações nas ruas, não seria necessária autorização judicial para a atuação do agente no caso em tela, visto que não se envolveria diretamente com nenhum grupo investigado.

Ocorre que, conforme comprovado nos autos do referido processo, houve atuação de investigação concreta e infiltração do agente em grupo determinado, por meio de atos disfarçados para obtenção da confiança dos investigados, tendo o agente inclusive participado de reuniões da organização.

Assim, o agente violou os limites de atuação no caso concreto, participando ativamente dos atos praticados pela organização investigada, descumprindo a reserva legal existente para o caso em tela.

Desta forma, entendeu o Ministro Gilmar Mendes que o policial agiu como verdadeiro agente infiltrado, desviando da atribuição originalmente estabelecida e tornando nulas as provas obtidas, visto que inexistente autorização judicial.

Diante do exposto, entende-se que todos os requisitos autorizadores trabalhados no presente capítulo devem se mostrar presentes de forma clara, sob pena de decretação de nulidade de eventuais provas colhidas pelo agente.

---

<sup>19</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>20</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 147837/RJ*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340471908&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2020.

## CONCLUSÃO

Este trabalho objetivou apresentar as principais questões referentes à adoção da técnica de infiltração de agentes no âmbito do combate às organizações criminosas de acordo com a legislação regente e as principais discussões doutrinárias.

Inicialmente, foi demonstrado o embate acerca da necessidade ou não deste meio de prova quando confrontado com a intensa profissionalização dos grupos criminosos organizados.

Neste ponto, sustentou-se que a adoção é justificada, tendo em vista que os meios tradicionais de prova se mostraram ineficazes no combate à criminalidade organizada, destacando-se trechos de obras da literatura especializada que corroboram tal entendimento.

Em seguimento, foram apresentadas orientações divergentes acerca da eticidade e moralidade de tal meio de prova, já que o Estado fornece um agente para que eventualmente cometa delitos, ou, ao menos, que seja conivente com eles.

Neste sentido, embora seja extenso o debate, argumentou-se que a infiltração de agentes deve ser aplicada, não havendo que se falar em violação do princípio constitucional da moralidade administrativa.

Apesar de que a atuação do agente infiltrado deva ser considerada legítima, a moralidade deve ser apreciada quando da análise, pelo magistrado, da necessidade e proporcionalidade da medida, autorizando a adoção da técnica somente quando não cabível outro meio de prova mais brando.

A última discussão do presente artigo se deu na breve análise dos requisitos legais para a validade das provas obtidas pelo agente infiltrado, apresentando-se as principais questões acerca dos requisitos necessários ao deferimento da medida.

Assim sendo, foi exposto um caso notório no qual, por violação dos requisitos legais, o Supremo Tribunal Federal anulou as provas obtidas pelo agente infiltrado e todas as diretamente derivadas delas, determinando a prolação de nova sentença aos investigados afetados pela prática.

Com isso, procurou-se demonstrar que, não obstante o debate seja válido, a adoção da infiltração de agentes se justifica perante o ordenamento jurídico pátrio, posto que possibilita uma repressão mais eficiente em face das organizações criminosas.



## REFERÊNCIAS

BORGES D'URSO, Luiz Flávio. *Lei nova autoriza infiltração de policiais em quadrilhas*. Disponível em: <<https://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/1645577/lei-nova-autoriza-infiltracao-de-policiais-em-quadrilhas>>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 16 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 147837/RJ*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340471908&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2020.

EXTRA. *Policiais são presos por extorsão mediante sequestro e por libertar agressor após propina*. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/policiais-sao-presos-por-extorsao-mediante-sequestro-por-libertar-agressor-apos-propina-23164385.html>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

JOSÉ, Maria Jamile. *A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada*. 2010. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime Organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 42, jan. mar. 2003.

SILVA, Eduardo Araújo. *Crime Organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.



## A REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DO SERVIDOR E O PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTO

Pedro Henricco Baker Gomes e Souza Santos

Graduado pela Universidade Federal Fluminense.  
Advogado.

**Resumo** – o artigo 169, §4º da Constituição Federal prevê a possibilidade de perda de cargo de servidor público estável na hipótese de ente federado extrapolar os limites de gastos com pessoal estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal. A LRF, por sua vez, traz como alternativa à exoneração a possibilidade de redução proporcional da jornada de trabalho e dos vencimentos do servidor, como forma de readequação aos limites de gastos. O trabalho visa analisar o aparente conflito entre esta previsão legal e o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimento, analisando o julgamento de mérito da ADI nº 2.238/DF, pelo Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave** – Direito Financeiro. Direito Administrativo. Servidor Público. Estabilidade. Exoneração. Despesa com Pessoal. Responsabilidade Fiscal. Irredutibilidade de Vencimento.

**Sumário** – Introdução. 1. A exoneração de servidor público por excesso de despesa com pessoal. 2. O princípio constitucional da irredutibilidade de vencimento. 3. O conflito entre o artigo 23, §2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal e o princípio da irredutibilidade de vencimento. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute o instituto da redução proporcional de jornada de trabalho e vencimentos do servidor público estável, previsto no artigo 23, §2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), como forma de evitar a exoneração por excesso de despesa, analisando o aparente conflito entre este instituto e o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

Introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98, nunca houve a necessidade de aplicação do instituto da exoneração de servidores estáveis para fins de readequação aos limites orçamentários de despesa com pessoal, muito por conta do período de crescimento econômico que viveu o Brasil após a publicação da LRF, em 2001.

Por entender que houve extrapolação de competência pela LC nº 101/00, e que teria havido desrespeito ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos, em 2002 o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2238-5/DF, suspendendo a eficácia do artigo 23, §2º, da LC nº 101/00, que prevê a redução de jornada do servidor como alternativa à exoneração. Em recente julgamento de mérito, o



tribunal confirmou o entendimento externado ao conceder a cautelar e declarou a inconstitucionalidade do dispositivo legal.

Assim, questiona-se: o princípio da irredutibilidade de vencimentos também impediria redução de jornada dos servidores não estáveis? O princípio da irredutibilidade de vencimentos realmente impede as medidas previstas no artigo 23, §2º, da LC nº 101/00, haja vista que seriam medidas menos gravosas ao servidor? E, por fim, diante dos princípios constitucionais que visam proteger o trabalhador, o disposto no artigo 23, §2º, da LC nº 101/00, realmente estaria em conflito com a Constituição?

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a conceituação do instituto da exoneração de servidores públicos por excesso de despesa com pessoal. No segundo capítulo será feita uma análise doutrinária e jurisprudencial das garantias aos servidores públicos previstas na constituição, com especial atenção ao princípio da irredutibilidade de vencimento. No terceiro capítulo, será abordada a possibilidade de redução proporcional de jornada e vencimentos do servidor estável, prevista no artigo 23, §2º, da LC nº 101/00, face à decisão proferida pelo STF na ADI nº 2238-5/DF.

Com isso, pretende o presente trabalho discutir a constitucionalidade do artigo 23, §2º, da LC nº101/00, diante de uma interpretação sistemática do princípio da irredutibilidade de vencimentos face os demais princípios constitucionais.

Entende-se pela relevância do presente trabalho diante da inédita e inevitável controvérsia jurídica que surgiria na hipótese de perda do cargo de um servidor estável com fim de readequação orçamentária. Além disso, o artigo se reveste de especial relevância diante da atual conjuntura político-econômica em que se encontra o Brasil, que, após alguns anos de recessão econômica, com muitos Estados demonstrando dificuldades em adequar seus orçamentos para arcar com os gastos com pessoal, enfrenta uma crise de saúde sem precedentes, causadora de inevitáveis impactos econômicos.

Adota-se na pesquisa o método dialético, por meio da revisão bibliográfica, análise jurisprudencial e estudo legislativo no direito pátrio, considerando-se os fatos analisados dentro do contexto socioeconômico em que ocorreram, e contextualizando as conclusões com a atual conjuntura.

## 1. A EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO POR EXCESSO DE DESPESA COM PESSOAL

O artigo 169, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88)<sup>1</sup> trata da perda de cargo de servidores públicos estáveis quando um ente federado extrapola o limite de gastos com pessoal estabelecido em lei complementar. A lei regulamentadora de tal dispositivo foi a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00)<sup>2</sup>, que em seu artigo 19 disciplina os limites de gastos com pessoal para União, Estados e Municípios, tomando com base para tanto a receita corrente líquida de cada um dos entes e delimitando, no artigo 20<sup>3</sup>, a repartição desses limites dentre os poderes.

Assim, caso qualquer dos poderes ou o Ministério Público de determinado ente ultrapasse os limites de gastos com pessoal estabelecidos pelo art. 20 da LRF<sup>4</sup>, deverá adotar as medidas previstas no art. 169, §3º e §4º, da CRFB/88<sup>5</sup> para se readequar aos limites legais:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

(...)

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

Conforme se extrai da leitura da norma constitucional, a exoneração do servidor estável não pode ser a primeira medida adotada, de modo que o ente só deverá recorrer a esta alternativa caso as demais medidas dispostas no §3º do artigo em comento<sup>6</sup> não sejam suficientes.

Portanto, antes de exonerar servidor público estável, a Administração deverá reduzir

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 04 set. 2020.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2001*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)>. Acesso em: 04 set. 2020.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>6</sup> Ibid.



em vinte por cento as despesas com cargos em comissão e funções de confiança, e exonerar todos os servidores não estáveis que se enquadrem nas condições do art. 33 da EC 19/98<sup>7</sup>.

Conforme coloca Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>8</sup>:

[...] Este desprovento excepcional só será utilizado se outras modalidades de redução de gastos com pessoal, de redução de cargos em comissão e funções de confiança e a exoneração dos servidores não estáveis (CF, art. 169, § 3.º) resultarem infrutíferas para satisfazer os limites referidos. A garantia do servidor afastado sem o esgotamento dessas providências é a anulação dessa exoneração [...].

Desse modo, a primeira medida a ser adotada deverá ser a redução em vinte por cento dos gastos com cargos em comissão e funções de confiança. Ambos são de livre nomeação e exoneração, sendo que as funções de confiança são exercidas por servidores efetivos, que já pertencem aos quadros da Administração, enquanto os cargos em comissão podem ser ocupados por qualquer pessoa, devendo ser observados os percentuais mínimos ocupados por servidores de carreira (art. 37, V, CRFB/88<sup>9</sup>).

A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que o a irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV, da CRFB/88<sup>10</sup>) se aplica também aos servidores que exercem cargos em comissão<sup>11</sup>, de forma que para efetuar a redução a que se refere o art. 169, §3º, I, da CRFB/88<sup>12</sup> os servidores deverão ser exonerados desses cargos.

Caso essa redução não seja suficiente, determina a Constituição que se proceda à exoneração dos servidores não estáveis. Ao tratar dos servidores não estáveis a norma constitucional faz referência ao art. 33 da EC 19/98<sup>13</sup>, de modo que se entende como servidor não estável aquele que ingressou nos quadros da Administração Pública sem a realização de concurso público entre 5 de outubro de 1983 e 5 de outubro de 1988, já que nunca adquiriram a estabilidade.

Isso ocorre, porque até a promulgação da Constituição de 1988 não existia impedimento para que a contratação de servidores públicos se desse pelo regime celetista, o que levou a uma grande quantidade de agentes do serviço público regidos pelas leis do

<sup>7</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional nº 19*, de 04 de junho de 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/emc/emc19.htm)>. Acesso em: 04 set. 2020.

<sup>8</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 439/440.

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 599.411-AgR*. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169890/false>> . Acesso em: 04 set. 2020.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.



trabalho, já que esse regime não exigia uma série de condições exigidas pelo regime estatutário, como a contratação mediante concurso prévio e a estabilidade no cargo.

Contudo, em sua redação originária, o art. 39 da CRFB/88<sup>14</sup> trouxe uma determinação constitucional que estabelecia a relação estatutária entre o servidor público e o órgão da Administração direta ao qual está vinculado. Ao estabelecer o regime único, a Constituição impossibilitava a contratação de funcionários públicos pelo regime celetista.

Com isso, o artigo 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>15</sup> determina que os servidores contratados pelo regime celetista que já integravam a Administração até 5 de outubro de 1983, cinco anos antes da publicação da CRFB/88, são considerados estáveis. Mas os servidores que ingressaram pelo regime celetista entre 5 de outubro de 1983 e 5 de outubro de 1988 permaneceram com situação indefinida, uma vez que não possuíam qualquer perspectiva de adquirir a estabilidade e não deixaram de integrar os quadros da Administração Pública.

Portanto, ao trazer a previsão de exoneração de servidores para readequação aos limites de despesa com pessoal, a Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe a previsão de que, caso as reduções nos cargos em comissão e funções de confiança não sejam suficientes para retornar aos limites de despesa com pessoal, esses servidores serão os primeiros a ser exonerados.

Apenas caso todas essas medidas sejam adotadas e mesmo assim o ente não retorne aos limites de despesa com pessoal previstos na LC nº 101/00, poderá a Administração proceder à exoneração de servidores estáveis. Nesta hipótese, deverá ser escolhido um dentre os três critérios elencados pelo artigo 2º, §2º, da Lei nº 9.801/99<sup>16</sup>: menor tempo de serviço público, maior remuneração ou menor idade.

Tal previsão visa adequar o instituto ao princípio da impessoalidade que rege a Administração Pública, exigindo ainda que a escolha seja feita por ato normativo editado pelo Chefe do Poder que se encontra com excesso de despesa, que deverá dispor também sobre o número de servidores a serem atingidos pela redução de despesa, o órgão ou unidade administrativa objeto da medida, bem como o prazo e a indicação dos créditos orçamentários para o pagamento das indenizações devidas.

---

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>15</sup> BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 04 set. 2020.

<sup>16</sup> BRASIL. *Lei nº 9.801*, de 14 de junho de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9801.htm#:~:text=L9801&text=LEI%20N%C2%BA%209.801%2C%20DE%2014,despesa%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9801.htm#:~:text=L9801&text=LEI%20N%C2%BA%209.801%2C%20DE%2014,despesa%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.)>. Acesso em: 04 set. 2020.



Além disso, o artigo 3º desta lei<sup>17</sup> determina que os servidores que exerçam atividades exclusivas de estado só poderão ser exonerados caso a redução em decorrência do excesso de despesa tenha atingido ao menos trinta por cento dos demais cargos. Como coloca Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>18</sup>, caberá ao chefe do poder a identificação de servidores que exerçam atividade considerada como exclusiva de estado:

[...] Como se vê, o dispositivo estabelece os requisitos, mas não define as atividades exclusivas de Estado. Para conciliar os dois dispositivos, tem-se que entender que, ao baixar o ato normativo, o Chefe de Poder indicará os critérios para identificação dos servidores que exercem atividade exclusiva de Estado, devendo, para esse fim, extrair do ordenamento jurídico vigente as normas legais que permitam a identificação desse tipo de atividade, já que não existe lei específica que contenha essa definição [...].

Por fim, determina o art. 4º Lei nº 8.801/99<sup>19</sup> que os cargos que se tornarem vagos em decorrência da exoneração de servidores serão extintos, ficando vedada a criação de novos cargos com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.

Todavia, o art. 23, §2º, da LC nº 101/00<sup>20</sup>, trazia uma alternativa ao instituto apresentado: a possibilidade de ser feita uma redução na jornada de trabalho dos servidores, readequando-se proporcionalmente os vencimentos, de modo que seria possível efetuar a redução da despesa com pessoal sem que fosse necessária a exoneração de servidores estáveis.

## 2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTO

O artigo 37, XV, da CRFB/88<sup>21</sup>, cuja redação atual foi dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, consagra o princípio da irredutibilidade de vencimentos, ao estabelecer que “o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”.

Em sua redação original, o dispositivo previa a irredutibilidade tão somente dos vencimentos dos servidores civis e militares. Como bem explica Maria Sylvia Zanella Di

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 624.

<sup>19</sup> BRASIL. *Lei nº 8.801*, de 13 de março de 1990. Disponível em: < [<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8001compilado.htm#:~:text=Define%20os%20percentuais%20da%20distribui%C3%A7%C3%A3o,1989%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAscias.> . Acesso em: 04 set. 2020.</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



Pietro<sup>22</sup>, a alteração buscou adaptar a irredutibilidade de vencimentos prevista na redação original ao novo regime introduzido pela EC nº19/98.

Isso se dá porque a referida emenda aboliu o regime jurídico único instituído pelo texto original da Constituição. Assim, o art. 39 da Constituição<sup>23</sup> passou a vigorar com a seguinte redação, “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos poderes.”.

A consequência dessa mudança foi, principalmente, a possibilidade de os entes voltarem a contratar servidores sob mais de um regime jurídico. Seria possível, por exemplo, que um determinado estado tivesse uma parte de seus servidores estáveis, regidos pelo regime estatutário, e outra de servidores trabalhistas, sob o regime Celetista.

Ficou suprimida, então, a obrigatoriedade de vincular a contratação de servidores públicos a um único regime jurídico, o que não significa que a regra do o regime jurídico único tenha sido extinta, mas sim a vinculação dos entes da Administração a ela. Na lição de José dos Santos Carvalho Filho<sup>24</sup>:

[...] Aliás, a própria União Federal, como já vimos, tem a previsão de servidores estatutários (Lei nº 8.112/1990) e de servidores trabalhistas (Lei nº 9.962/2000 e legislação trabalhista). Nada impediria, é claro, que a entidade política adotasse apenas um regime funcional em seu quadro, mas, se o fizesse, não seria por imposição constitucional, e sim por opção administrativa, feita em decorrência de avaliação de conveniência, para melhor atender a suas peculiaridades. A qualquer momento, no entanto, poderia modificar a estratégia inicial e instituir regime funcional paralelo, desde que, logicamente, o novo sistema seja previsto em lei [...].

Contudo, em 2007 o STF concedeu Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4/DF, publicada em 07/03/2008, entendendo pela plausibilidade da alegação de vício formal por ofensa ao art. 60, §2º, da CRFB/88<sup>25</sup>, pois a redação final da EC não teria obtido aprovação em dois turnos de votação. Conforme colocou então relator da ação, Ministro Néri da Silveira<sup>26</sup>:

[...] O que pretendeu a redação final foi criar, à margem da deliberação do Plenário, no primeiro turno, dispositivo novo para o caput do art. 39, deslocando o parágrafo

<sup>22</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 593.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>24</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 771.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em ADI nº 2.135-4/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625>>. Acesso em: 18 jul. 2020.



2º do art. 39, constante do art. 5º do Substitutivo, que não fora objeto do DVS nº 9, e assim acabou aprovado, para ocupar o espaço do novo caput do art. 39, quando em verdade, o enunciado proposto para substituir o art. 39 original da Carta de 1988, constante do DVS nº 9, foi rejeitado, por não haver obtido quórum de aprovação [...].

Assim, por conta do efeito reprecursor, voltou a vigor a redação original do art. 39, da CRFB/88<sup>27</sup>, e, por conseguinte, o regime jurídico único. Não obstante, a redação dada pela EC nº 19/98, ao inciso XV, do art. 39, da CRFB/88<sup>28</sup>, foi mantida, de modo a abranger tanto os servidores regidos pelo regime estatutário quanto os ocupantes de emprego público, regidos pelo regime celetista.

Como já exposto, decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 378-932/PE, que tal garantia se estende também às gratificações percebidas em razão do exercício de cargo em comissão e função de confiança. Aplicando tal entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu, em recente julgado, pela impossibilidade de redução de vencimento de servidor contratado em caráter temporário, ocupante de cargo de comissão<sup>29</sup>:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO TEMPORÁRIO. ART. 37, IX DA CRFB. AUTORA QUE EXERCEU A FUNÇÃO DE DOCENTE E POSTERIORMENTE DE COORDENADORA EM ESCOLA MUNICIPAL. INAPLICABILIDADE DA CLT. EXTENSÃO DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NO ART. 7 DA CRFB. ART. 39, §3 DA CRFB. APELANTE QUE NÃO COMPROVA O PAGAMENTO DAS FÉRIAS E DO TERÇO CONSTITUCIONAL. IRREDUTIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO QUE EMBORA NÃO EXPRESSA COMO DIREITO SOCIAL, VEM SENDO RECONHECIDA PELA JURISPRUDÊNCIA DO STF, COMO EXTENSÍVEL AO SERVIDOR TEMPORÁRIO OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DO PAGAMENTO DE ALGUMAS VERBAS SALARIAIS QUE POR SI SÓ, NÃO É SUFICIENTE PARA ENSEJAR A IMPOSIÇÃO DA ALUDIDA VERBA COMPENSATÓRIA, SOBRETUDO QUANDO A AUTORA ESPERA POR MAIS DE UM ANO PARA RECLAMÁ-LA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. (TJRJ – VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL - APL 0003209-46.2017.8.19.0011. Relator(a): Des(a). MARIA DA GLORIA OLIVEIRA BANDEIRA DE MELLO. Data de julgamento: 17/06/2020)

Assim, observadas as ressalvas feitas pela própria constituição, como, por exemplo, o respeito ao teto remuneratório previsto no art. 39, XI, da norma maior<sup>30</sup>, ou os casos de condenação por ato de improbidade administrativa, é garantida a irredutibilidade de

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0003209-46.2017.8.19.0011*. Relator: Des(a). Maria Da Gloria Oliveira Bandeira De Mello. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



vencimentos a todos os servidores públicos. Ressalte-se que a proteção constitucional apenas abrange a redução direta dos vencimentos do servidor, não abrangendo a redução em razão da inflação ou da incidência de impostos.

Zelando pela preservação dos vencimentos, o STF entendeu, no julgamento do ARE nº 660.010/PR, que o aumento da carga horária de trabalho do servidor sem o aumento da remuneração configura violação ao disposto no art. 39, XV, da CRFB/88<sup>31</sup>. Como explica Ricardo Alexandre<sup>32</sup>, nesse julgado a corte superior destacou a proteção constitucional conferida ao valor do “salário-hora”.

À luz de todo o exposto, ao julgar o mérito da ADI nº 2.238-5/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, pela inconstitucionalidade do disposto no art. 23, parágrafo 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>33</sup>, que previa a possibilidade de redução proporcional de carga horária e vencimentos dos servidores públicos como forma de adequação aos limites de despesa com pessoal, prevalecendo a tese de que a irredutibilidade de vencimentos prevista no texto constitucional não deve ser flexibilizada.

### 3. O CONFLITO ENTRE O ARTIGO 23, §2º, DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E O PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTO

Regulamentando o disposto no art. 169, da CRFB/88<sup>34</sup>, o art. 19 da LC nº 101/01<sup>35</sup> trouxe os limites de despesa total com pessoal para cada ente da federação, sendo cinquenta por cento da receita corrente líquida da União, e sessenta por cento dos Estados e Municípios. Sobre a receita corrente líquida, explica Cláudio Carneiro<sup>36</sup>:

[...] A Receita Corrente Líquida não expressa o volume de recursos disponíveis para livre alocação. Para cada esfera de governo é obtida por meio de somatório de todas as receitas correntes (transferências, tributárias, não tributárias), descontadas as transferências constitucionais e legais (obrigatórias) e as receitas previdenciárias, no que se refere à parte dos servidores. Destaque-se que quanto mais crescer a RCL, mais se expandirão os limites das despesas que estão a ela referenciadas [...].

---

<sup>31</sup> Ibid.

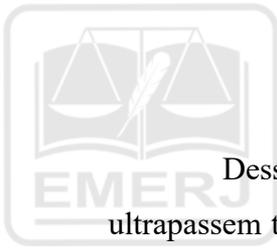
<sup>32</sup> ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 508.

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>35</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>36</sup> CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 123.



Desse modo, caso as despesas com pessoal de qualquer das unidades da federação ultrapassem tais limites, deverão ser tomadas as medidas previstas no art. 169 da CRFB/88<sup>37</sup>, podendo ser necessária, em último caso, a exoneração de servidores estáveis. Todavia, o art. 23, §2º, da LC nº 101/01<sup>38</sup> trazia uma alternativa a tal medida:

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

(...)

§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária.

Como é possível observar, tal disposição parece estar em conflito com a garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos de servidor público, exposta no capítulo anterior. Em razão disso, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.238-5/DF, cujo julgamento de mérito foi realizado em junho de 2020.

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes, relator da ação, defendeu a constitucionalidade do dispositivo à luz de uma interpretação teleológica e sistemática do texto constitucional. O ministro abordou a importância da garantia de irredutibilidade de vencimento ao servidor, mas destacou que, ao permitir a dispensa de servidores para além das hipóteses de sansão, a CRFB/88 deixou clara a prevalência do interesse público em relação ao interesse individual do servidor.

Assim, à luz do princípio constitucional da eficiência que rege o serviço público, o ministro relator defendeu a possibilidade de adoção de um caminho intermediário estabelecido pelo legislador infraconstitucional, de modo a atender aos limites legais de despesa com pessoal sem que seja necessária a extinção do cargo público, o que acarretaria prejuízo tanto ao servidor quanto à sociedade.

Tal prejuízo se daria por conta do que dispõe o parágrafo 6º, do art. 169, da CRFB/88<sup>39</sup>, ao determinar que o cargo objeto da exoneração em razão de excesso de despesa com pessoal deverá ser extinto, vedada a criação de novos cargos, empregos ou função pública com atribuição igual ou semelhante pelo período de quatro anos. Assim, além da redução momentânea de disponibilidade do serviço público afetado em razão da exoneração

<sup>37</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>39</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



de pessoal, tal prejuízo perduraria por todo o quadriênio seguinte, pois o Estado estaria impedido de realizar novas contratações para aquela atribuição.

Por outro lado, a alternativa apresentada pela Lei de Responsabilidade Fiscal permite à administração pública se readequar aos limites legais de despesa com pessoal tomando medidas menos gravosas. Isso permitiria que futuramente, com maior folga orçamentária, o poder público retornasse ao regime anterior os servidores que tiveram seus vencimentos reduzidos, cumprindo carga horária integral, sem reduzir a oferta do serviço por período além do necessário para se adequar aos limites de gastos.

Merece destaque o seguinte trecho do voto do ministro<sup>40</sup>:

[...] Não seria razoável impedir ao legislador a criação de um caminho intermediário, que preservasse a garantia maior – estabilidade – por meio de uma temporária relativização proporcional de uma garantia instrumental – a irredutibilidade de vencimentos. Não se trata de atentado contra a finalidade da irredutibilidade de vencimentos com o intuito de pressionar o servidor público estável a determinada conduta, mas sim de flexibilizá-la temporária e proporcionalmente para evitar o afastamento definitivo da garantia maior, que é a estabilidade, não permitindo, dessa forma, que o servidor público perca seu cargo, que acabaria extinto; em duplo prejuízo, tanto para o servidor que ficaria desempregado, quanto para a sociedade, que sofreria a diminuição do serviço público prestado. A temporariedade da medida destinada a auxiliar o ajuste fiscal e a recuperação das finanças públicas, a proporcionalidade da redução remuneratória com a consequente diminuição das horas trabalhadas e a finalidade maior de preservação do cargo, com a manutenção da estabilidade do servidor estão em absoluta consonância com o princípio da razoabilidade e da eficiência, pois, ao preservar o interesse maior do servidor na manutenção de seu cargo, também se evita a cessação da prestação de eventuais serviços públicos [...]

Portanto, entendeu o ministro não haver conflito entre o art. 23, §2º, da LC 101/01<sup>41</sup> e a CRFB/88, uma vez que tal dispositivo se sustenta à luz dos princípios da razoabilidade, eficiência e continuidade do serviço público, deixando a perda e extinção do cargo como última hipótese a ser utilizada. Acompanharam o voto do relator os Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes.

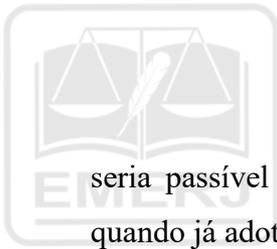
O Ministro Dias Tóffoli votou para que fosse dada interpretação conforme a constituição ao § 2º do art. 23 da LC nº 101/01<sup>42</sup>, no sentido de que deve ser observada a gradação constitucional estabelecida no art. 169, § 3º, da CRFB/88<sup>43</sup>, de modo que somente

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.238-5/DF*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur430430/false>>. Acesso em: 04 set. 2020.

<sup>41</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>42</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>43</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



seria passível de aplicação da redução proporcional da jornada e vencimento do servidor quando já adotadas as medidas exigidas pelo art. 169, § 3º, I, da CRFB/88<sup>44</sup>.

O Ministro Edson Fachin divergiu, entendendo pela procedência da ação, de modo a declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 2º, do art. 23, da LC 101/01<sup>45</sup>. O ministro entendeu pela impossibilidade de flexibilizar o mandamento constitucional que garante a irredutibilidade de vencimentos ao servidor público, conforme trecho que aqui se destaca<sup>46</sup>:

[...] Não cabe ao magistrado flexibilizar o mandamento constitucional para gerar alternativas menos onerosas do ponto de vista político aos líderes públicos devidamente eleitos para tomar decisões difíceis desse jaez. (...) Feitas essas considerações sobre o ethos deste Supremo Tribunal Federal em tempos desafiadores sob a perspectiva econômica, ao meu juízo, a jurisprudência da Corte inviabiliza de qualquer forma interpretação diversa da que foi conferida na ADI-MC 2.238, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, à cláusula de irredutibilidade dos vencimentos [...].

O voto do Ministro Edson Fachin foi seguido pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber e Marco Aurélio, e a ministra Cármen Lúcia proferiu voto entendendo apenas pela possibilidade de redução da jornada, mas sem que houvesse redução dos vencimentos.

Prevaleceu, portanto, a tese de inconstitucionalidade do dispositivo, de modo que o STF julgou procedente a ADI nº 2.238/DF. Assim, entendeu a corte que, no caso de excesso de despesa com pessoal, e não sendo suficientes as medidas previstas no art. 169, §3º, da CRFB/88<sup>47</sup>, não poderá a administração pública se valer da alternativa apresentada pelo art. 23, §2º, da LC nº 101/01<sup>48</sup>, devendo exonerar servidores estáveis até que se adeque aos limites de gastos dispostos pela lei.

## CONCLUSÃO

O princípio da irredutibilidade de vencimento funciona como uma garantia ao servidor público, visando permitir que exerça suas funções de modo a atender aos princípios constitucionais que regem a atuação da administração pública, como os princípios da moralidade e da impessoalidade. Assim, o servidor poderá exercer a função pública sem se sujeitar a pressões que eventualmente possa vir a sofrer de superiores hierárquicos.

---

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>46</sup> BRASIL, op. cit., nota 40.

<sup>47</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>48</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

Portanto, trata-se de um princípio que, além de funcionar como garantia ao servidor, busca assegurar o bom funcionamento da administração pública, tendo o interesse público como fim último. Em contrapartida, a Constituição Federal exige que, ultrapassados os limites de despesa com pessoal, servidores públicos estáveis sejam exonerados até que se alcance a readequação orçamentária.

Com isso em mente, a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe a alternativa de redução proporcional de jornada e vencimento do servidor, o que parecia atender aos dois fins: garantir o bom funcionamento dos serviços públicos e, ao mesmo tempo, permitir a readequação orçamentária.

A lei prestigiava a relação “salário-hora”, de modo que a irredutibilidade de vencimentos seria proporcional à carga horária trabalhada. Como já exposto, o Supremo Tribunal Federal já teve entendimento semelhante, ao decidir que o aumento da carga horária do servidor deveria levar ao aumento proporcional de sua remuneração.

A divergência existente no STF, ao debater a constitucionalidade desta possibilidade de redução proporcional, se pôs em relação aos ministros que entendiam ser possível a adoção de uma solução intermediária e aqueles que deram uma interpretação mais restritiva ao princípio da irredutibilidade de vencimento. Como colocou o Ministro Alexandre de Moraes, seria uma relativização temporária de um princípio instrumental por parte do legislador, procurando uma alternativa mais razoável.

Contudo, o STF entendeu pela inconstitucionalidade do art. 23, §2º, da LC nº101/01, impedindo a redução proporcional de jornada e vencimento do servidor. Assim, caso haja a necessidade de atingir cargos de servidores estáveis para fins de readequação orçamentária, a administração deverá exonerar os servidores e extinguir os cargos.

Portanto, nesta hipótese, ainda que se consiga uma ágil readequação aos limites de despesa com pessoal previstos na LRF, as consequências ao serviço público perdurariam por período mais extenso, uma vez que, conforme determina a Constituição, não poderão ser criados novos cargos com as mesmas funções dos extintos nos quatro anos seguintes à extinção.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.



BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaoooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 04 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 04 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 19*, de 04 de junho de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/emc/emc19.htm)>. Acesso em: 04 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 101*, de 04 de maio de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)>. Acesso em: 04 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.801*, de 13 de março de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8001compilado.htm#:~:text=Define%20os%20percentuais%20da%20distribui%C3%A7%C3%A3o,1989%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8001compilado.htm#:~:text=Define%20os%20percentuais%20da%20distribui%C3%A7%C3%A3o,1989%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.>)>. Acesso em: 04 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.801*, de 14 de junho de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9801.htm#:~:text=L9801&text=LEI%20N%C2%BA%209.801%2C%20DE%2014,despesa%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9801.htm#:~:text=L9801&text=LEI%20N%C2%BA%209.801%2C%20DE%2014,despesa%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.>)>. Acesso em: 04 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.238-5/DF*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur430430/false>>. Acesso em: 04 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em ADI nº 2.135-4/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625>>. Acesso em: 18 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 599.411-AgR*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169890/false>>. Acesso em: 04 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0003209-46.2017.8.19.0011*. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VOLTAR AO SUMÁRIO 

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.





## CONTROVÉRSIAS E LIMITES NO USO DE ATIRADORES DE ELITE PELO ESTADO E O INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA

Pedro Henrique Chujo Burlá

Graduado pela Universidade  
Federal Rural do Rio de Janeiro.  
Advogado.

**Resumo** – nos últimos anos, tem-se percebido um crescimento da vontade da sociedade brasileira no recrudescimento do direito penal, com a intenção de pôr fim à impunidade. Diante desse cenário, o sentimento de justiça dos indivíduos acaba refletindo no direcionamento de políticas públicas. Uma delas é o uso de atiradores de elite (*snipers*) no combate à criminalidade. Neste trabalho, analisar-se-á as controvérsias e limites para sua atuação, relacionando-as com o instituto da legítima defesa.

**Palavras-chave** – Atiradores de Elite (*Snipers*). Direito Penal. Legítima Defesa.

**Sumário** – Introdução. 1. A segurança pública pode figurar como bem jurídico idôneo a permitir o abate de criminosos com fundamento na legítima defesa? 2. Os requisitos da legítima defesa são compatíveis com os crimes de porte de arma de fogo? 3. Nos casos de vítima mantida refém, conforme disposto na redação do parágrafo único do art. 25 do Código Penal, qualquer situação seria considerada legítima defesa? Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico trabalha a aplicação do instituto jurídico da legítima defesa dentro de um contexto de operação policial, acarretando ao que se denomina de autos de resistência. Procura-se demonstrar que não é qualquer situação fática de infração legal aparente ou de conflito armado entre policiais e criminosos a autorizar a morte dos infratores da lei, como se tem verificado nas vozes populares ou até mesmo por operadores do direito.

Percebe-se que a sociedade clama por um endurecimento na elaboração e aplicação das leis penais, sendo exigido por alguns, a morte de indivíduos que portem ostensivamente armas de fogo nas comunidades por atiradores de elite do Estado, o que se demonstrará, juridicamente, não ser possível em qualquer e irrestrita hipótese.

Esclarece-se a discussão sobre os limites da legítima defesa nesses casos, por meio da interpretação de seus requisitos, com o intuito de entender em quais hipóteses fáticas o instituto poderia ser aplicado, à luz da proporcionalidade e razoabilidade, ao invés de servir como carta branca a verdadeiras sentenças de morte.

Se por um lado o ordenamento jurídico assegura a dignidade da pessoa humana,



o direito à vida, ao devido processo legal, vedando a pena de morte, por outro, o Estado deve garantir a segurança pública, utilizando-se da força policial na repressão e prevenção de crimes.

Embora a redação legal seja de 1984, ideologias políticas defendidas no sentido da licitude do abate dos infratores trazem uma nova interpretação da sistemática penal, sobretudo se considerada a atualidade da ocorrência do sequestro de um ônibus ocorrido na ponte Rio-Niterói, no estado do Rio de Janeiro, no ano de 2019, terminando com o uso de um atirador de elite para causar a morte do criminoso.

De fato, o tema acaba influenciando no comportamento dos brasileiros, na medida que afeta diretamente a credibilidade da instituição policial e, por conseguinte, no sentimento de justiça estatal de toda a sociedade brasileira, já muito desgastados. A depender da interpretação da lei, pode-se determinar a morte ou a vida de uma pessoa.

Com o fim de elucidar o tema, analisa-se os requisitos legais do instituto, exigidos pelo artigo 25 do Código Penal, bem como se reflete acerca da nova redação de seu parágrafo único trazida pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime).

A abertura da discussão do tema se inicia, no primeiro capítulo do trabalho, com a análise da possibilidade da segurança pública poder figurar como bem jurídico legítimo a justificar a legítima defesa a permitir o abate de criminosos ostensivamente armados.

No segundo capítulo aborda-se a relação entre os crimes de porte de arma de fogo e os requisitos da legítima defesa, sobretudo quanto à moderação dos meios necessários e a agressão, atual ou iminente.

Por fim, realiza-se uma análise da nova redação do parágrafo único do artigo 25 do Código Penal no último capítulo, verificando se com a inovação legislativa haveria a caracterização da legítima defesa em toda e qualquer situação em que o agente de segurança pública repele agressão a vítima mantida refém.

Considerando que no decorrer da pesquisa procura-se desenvolver as controvérsias geradas através de teses jurídicas, formando hipóteses, e, a partir disso, argumentar para a defesa de uma tese em detrimento de outra, o método utilizado foi o hipotético-dedutivo.

Sendo assim, a abordagem do objeto passa por uma análise qualitativa do tema, recorrendo-se o pesquisador da bibliografia (legislação, doutrina e jurisprudência) para basear sua argumentação, tendo a finalidade de explicá-la.



## 1. A SEGURANÇA PÚBLICA PODE FIGURAR COMO BEM JURÍDICO IDÔNEO A PERMITIR O ABATE DE CRIMINOSOS COM FUNDAMENTO NA LEGÍTIMA DEFESA?

É de conhecimento dos brasileiros a presença de organizações criminosas que controlam comunidades por meio do uso de armamentos, em via pública, para a defesa do território ocupado.

Diante desse cenário, muito se tem discutido políticas relacionadas à segurança pública, com a finalidade combater a criminalidade pelo uso da força do Estado ou assegurar meios para a defesa particular de cada indivíduo.

Acompanhando o sentimento de impunidade da sociedade, e sua vontade no recrudescimento penal, a tendência do Poder Legislativo caminha nesse sentido.

Renato Brasileiro de Lima<sup>1</sup> esclarece que houve um endurecimento das penalidades referentes aos crimes de posse e porte de armas de fogo. Exemplifica o autor que a revogada Lei de Armas (Lei nº 9.437/97<sup>2</sup>), em seu art. 10, §2º, previa uma cominação de pena de reclusão de dois a quatro anos, e multa, ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Com a vigência do atual Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826/03<sup>3</sup>, o art. 16 passou a prever uma pena de reclusão de três a seis anos, e multa, para o mesmo crime.

Assim, entre a defesa de políticas públicas sobre flexibilização das normas para posse e porte de armas, e a possibilidade de morte em casos de invasão a domicílio, esta última consoante Projeto de Lei nº 7.104/14<sup>4</sup>, uma delas é o abate de criminosos efetuado por policiais, ou seja, a morte de indivíduos que portem armamentos ostensivamente.

Explica-se. Para os defensores dessa possibilidade, o simples porte ostensivo de armas nas comunidades, sem que haja efetivo conflito armado entre infratores e os policiais, constitui motivo suficiente para que atiradores de elite do Estado possam efetuar um disparo de arma de fogo, a fim de retirar-lhes a vida.

---

<sup>1</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 409.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 9.437*, de 20 de fevereiro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9437.htm). Acesso em: 25 set. 2020.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm). Acesso em: 25 set. 2020.

<sup>4</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 7.104*, de 11 de fevereiro de 2014. Ementa: “Acresce inciso ao art. 23, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que instituiu o Código Penal, para não caracterizar como crime atos de defesa no interior do domicílio”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606009>. Acesso em: 29 set. 2020.

Bruno Gilaberte e Francisco Sannini<sup>5</sup> esclarecem a ideia:

Imaginemos, ainda, que, para garantir a segurança de policiais que iniciarão uma operação, mas antes da efetiva incursão, que sequer se avizinha, um "sniper" se posicione de modo a executar todos os criminosos que estejam portando ostensivamente armas de fogo em uma comunidade, alvejando-os à distância. Com isso, ele evitará que os policiais sejam confrontados num futuro próximo.

Nesse sentido é o posicionamento quanto às políticas públicas defendidas pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro, eleito em 2018, o qual levou esclarecimentos à revista eletrônica *Consultor Jurídico (Conjur)*<sup>6</sup> à época:

Uma das principais propostas da campanha do governador eleito do Rio de Janeiro, o ex-juiz federal Wilson Witzel (PSC), foi a de autorizar policiais a "abaterem" pessoas que portem fuzis, sem responder por homicídio. Para ele, nesse cenário, o agente de segurança estaria agindo em legítima defesa. (...) Witzel entende que, ao disparar contra um sujeito portando um fuzil, o policial estaria agindo em legítima defesa. "A autorização está no artigo 25 do Código Penal: o policial estaria agindo em legítima defesa de si próprio e da sociedade para repelir uma agressão iminente. Não é sair atirando para matar. Acontece que quem está portando uma arma de guerra certamente não está disposto a conversar ou negociar com as forças policiais e está na iminência de matar pessoas inocentes. Como professor e conferencista de Direito Penal há muitos anos, esta é a minha posição. Como governador, vou orientar que os policiais ajam desta forma, exatamente nos termos da lei.

Essa é a razão para a tramitação no Senado Federal do Projeto de Lei nº 352/2017<sup>7</sup>, para o qual se pretende estabelecer uma presunção de legítima de defesa para os casos em que um agente de segurança pública mata ou lesiona criminosos que portem ostensivamente arma de fogo.

O atirador é conhecido na linguagem popular como *sniper*, isto é, um agente utilizando armas de alta precisão em longas distâncias. Conforme os ensinamentos de Marcelo Lessa<sup>8</sup>, faz-se necessário que o disparo seja certo no sistema nervoso central

---

<sup>5</sup> GILABERTE, Bruno; SANNINI NETO, Francisco. *O "abate" de criminosos armados por atiradores de elite (snipers)*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/643981113/o-abate-de-criminosos-armados-por-atiradores-de-elite-snipers>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

<sup>6</sup> RODAS, Sérgio. *Autorização para matar*. Ideia de Witzel de "abater" quem estiver com fuzil é ilegal e não protege policiais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-30/proposta-witzel-abater-portador-fuzil-inocua-ilegal>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

<sup>7</sup> BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 352*, de 26 de setembro de 2017. Ementa: Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para presumir a legítima defesa quando o agente de segurança pública mata ou lesiona quem porta ilegal e ostensivamente arma de fogo de uso restrito. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130958>>. Acesso em: 29 set. 2020.

<sup>8</sup> LESSA, Marcelo de Lima. O tiro defensivo e o tiro de advertência no contexto do uso progressivo da força e da preservação da vida. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5907, 3 set. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62640>>. Acesso em: 14 jun. 2020.



de um indivíduo, “que objetiva a incapacitação imediata” e, em razão disso, impedir qualquer tipo de reflexo apto a causar danos a terceiros, ocasionando a sua neutralização.

Na verdade, quem defende a política de abate de criminosos mencionada, pretende aplicar o que se utiliza somente nas situações fáticas envolvendo reféns, para reprimir os crimes de porte de arma de fogo que ofendem a segurança pública, com base na legítima defesa de terceiros.

Renato Brasileiro de Lima<sup>9</sup> expõe que os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento possuem como bem jurídico tutelado a segurança e a paz públicas. Nesse sentido é o posicionamento do STJ<sup>10</sup>.

O autor diferencia os dois conceitos, afirmando que há proteção à Segurança Pública considerando que com a vigência desse Estatuto, existe um maior rigor nos requisitos do registro das armas e emissão de portes, acarretando em um menor número de circulação de armas pelas ruas. Esclarece que se não houvesse um maior controle do Estado para o uso de armamento, não somente criminosos o utilizariam, mas também o “pacato indivíduo que, pela facilidade de ter e usar uma arma de fogo, pode ser levado a resolver conflitos fúteis com agressão a tiros, gerando homicídios e lesões corporais de toda espécie cometidos de forma leviana e inconsequente”. Ou seja, trata-se de uma política de controle federal de armas de fogo.

Por outro lado, a paz pública, segundo ele, possui um sentido objetivo e subjetivo. No sentido objetivo, o conceito significa ordem social, isto é, a organização da vida em sociedade por meio do ordenamento jurídico. O que o Estatuto do Desarmamento visa tutelar é a paz pública no sentido subjetivo, ou seja, “o sentimento coletivo de confiança na ordem jurídica”.

Portanto, o que resta saber é: os bens jurídicos segurança pública e a paz pública possibilitam a morte do agressor com base na legítima defesa?

Francisco Sannini<sup>11</sup> defende que o bem jurídico segurança pública sofre injusta agressão em razão da prática dos crimes de porte de arma de fogo, ou seja, existe ofensa a “comunidade local e aos próprios policiais, que se encontram na iminência de sofrer um ataque (legítima defesa própria ou de terceiro), justificando a neutralização do agente”.

---

<sup>9</sup> LIMA, op. cit., p. 409 e 416-417.

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp nº 1.646.265/MG*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=1.646.265&b=DTXT&p=true>>. Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>11</sup> GILABERTE; SANNINI NETO, op. cit.



Em sentido oposto, Bruno Gilaberte<sup>12</sup> entende que a segurança pública não pode ser reconhecida como bem jurídico penalmente tutelável em razão de se tratar de um conceito vago, violando o princípio da taxatividade que norteia o direito penal. Assim, argumenta o autor:

a segurança pública é de tamanha abstração que autorizaria a legítima defesa em quaisquer situação que causassem, ainda que remotamente, uma sensação de insegurança na população, ou seja, não existiram mais limites ao reconhecimento da causa de justificação.

É fato que sendo praticados os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, com base no art. 301 do Código de Processo Penal<sup>13</sup>, os policiais possuem o dever de agir. No entanto, os bens jurídicos mais concretos e importantes, tais como vida e integridade física, seja dos indivíduos da comunidade ou dos próprios policiais, somente correm risco remoto, indireto.

A posição mais razoável parece ser esta última, sobretudo quando se leva em consideração os ensinamentos Renato Brasileiro de Lima<sup>14</sup>, quem esclarece que o bem jurídico mais importante de todos é a vida, o qual, embora não seja absoluto, é dotado de concretude e protegido pelo tipo penal de homicídio, crime material. Por outro lado, o crime de porte de arma de fogo é crime de perigo abstrato, tendo como bem jurídico tutelado a segurança e a paz públicas, conceitos que, no mínimo, possuem alto grau de abstração.

Ressalte-se ainda que, embora atualmente possa ser considerada a natureza hedionda do delito, os crimes de porte de arma de fogo de uso proibido são de perigo abstrato, ou seja, há uma presunção absoluta de que a prática daquela conduta configure um risco ao bem jurídico. Fato este que reforça o argumento de que somente há um risco longínquo para os bens jurídicos concretos da vida e integridade física.

Por tal razão, boa parte da doutrina, como Rogério Greco<sup>15</sup>, Cezar Roberto Bitencourt<sup>16</sup>, Damásio de Jesus<sup>17</sup>, entre outros, se manifestaram pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato com fundamento no princípio da

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>14</sup> LIMA, op. cit., p. 409.

<sup>15</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 8. ed. V. II. Niterói: Impetus, 2014, p. 303.

<sup>16</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 26. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book].

<sup>17</sup> JESUS, Damásio. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.



lesividade ou ofensividade, visto que somente pode se incriminar uma conduta se efetivamente produzir lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico.

Sendo assim, observando que constitui requisito para a configuração da legítima defesa o uso moderado dos meios necessários, ou seja, uma proporcionalidade entre reação defensiva e a lesão ao bem jurídico, no conflito entre os bens jurídicos vida, dos criminosos, *versus* segurança e paz públicas, não é possível o sacrifício do primeiro para que os últimos possam prevalecer.

Isso porque, na ponderação feita no conflito entre os bens jurídicos analisados, percebe-se que segurança e paz públicas perdem importância, por se mostrarem conceitos jurídicos bastante abstratos.

Nessa colisão de interesses, se por um lado há valores de alta abstração, por outro existem o bem jurídico mais importantes de todos, a vida. Não por outra razão, a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>18</sup>, no *caput* de um de seus dispositivos mais importantes, o art. 5º, vedou, inclusive, a pena de morte, no inciso XLVII, alínea a.

## 2. OS REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA SÃO COMPATÍVEIS COM OS CRIMES DE PORTE DE ARMA DE FOGO?

Feito o estudo quanto à idoneidade dos bens jurídicos tutelados pelos crimes de porte de arma de fogo, faz-se necessário saber se estes crimes permanentes atendem os pressupostos da legítima defesa, sobretudo quanto ao momento da ação defensiva. Para tanto, será necessário, inicialmente, a análise de seus requisitos estabelecidos no art. 25, *caput*, do Código Penal<sup>19</sup>.

O primeiro, uso moderado dos meios necessários, refere-se, primeiramente, à proporcionalidade na reação de defesa do bem jurídico, tendo em vista a exigência de moderação.

Diversamente do direito vigente, Nélson Hungria<sup>20</sup> observou a existência de tese sustentada pela doutrina alemã na qual se possibilita a morte do agressor na defesa de

---

<sup>18</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>20</sup> HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. V. I., tomo II: arts. 11 ao 27. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 303.

qualquer bem jurídico, se não há outro meio para salvá-la. Sendo assim, percebe-se que na teoria alemã, o princípio da proporcionalidade possui menos importância se comparada à legislação brasileira, já que a própria redação da norma permissiva do dispositivo legal se refere expressamente à moderação dos meios necessários.

O próprio autor faz ponderações referentes à tese, afirmando que a proporcionalidade “deve ser condicionada, não apenas à gravidade da agressão, mas também à relevância do bem ou interesse que se defende.”

Portanto, na lei brasileira, admite-se a legítima defesa para proteger qualquer bem jurídico, desde que haja proporcionalidade da ação. No entanto, a morte de um indivíduo, por ser o tipo de ação mais drástica existente, em razão do requisito da moderação, acaba sendo vedada nas situações de proteção de bens de menor relevância, tal como a honra. Nesse sentido, esclarece Fernando Capez<sup>21</sup>:

Em princípio, todos os direitos são suscetíveis de legítima defesa, tais como a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a honra etc., bastando que esteja tutelado pela ordem jurídica. Dessa forma, o que se discute não é a possibilidade da legítima defesa da honra e sim a proporcionalidade entre a ofensa e a intensidade da repulsa. Nessa medida, não poderá, por exemplo, o ofendido, em defesa da honra, matar o agressor, ante a manifesta ausência de moderação. No caso de adultério, nada justifica a supressão da vida do cônjuge adúltero, não apenas pela falta de moderação, mas também devido ao fato de que a honra é um atributo de ordem personalíssima, não podendo ser considerada ultrajada por um ato imputável a terceiro, mesmo que este seja a esposa ou o marido do adúltero.

Complementando o requisito da moderação, o uso dos meios necessários é a ação que seja somente suficiente para impedir a progressão da ofensa ao bem jurídico. Fernando Galvão<sup>22</sup> afirma que a reação defensiva é considerada necessária quando se realiza uma ponderação da gravidade do ataque ao bem jurídico e a disponibilidade dos meios de defesa. Deste modo, possuindo o defensor vários meios à sua disposição, deve escolher aquele menos lesivo e, ao mesmo tempo, suficiente para fazer cessar a agressão.

Assim, é possível que uma pessoa que atue em legítima defesa cause até mesmo a morte do agressor, desde que seja proporcional à agressão recebida e o único entre os meios disponíveis, ou seja, trata-se de um resultado que somente pode ser tentado como último recurso, justamente por ser o tipo de ação mais drástica possível.

---

<sup>21</sup> CAPEZ, Fernando. *Execução Penal - simplificado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 309-310.

<sup>22</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 11. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 449-450.



Havendo desproporcionalidade entre a agressão e a defesa, aquele que pretende agir em defesa de um bem jurídico incorre em excesso, tornando a defesa ilegítima, não mais amparada pelo ordenamento jurídico, e conseqüentemente punível.

O próximo é a agressão injusta. Agressão é qualquer ameaça ou lesão a bens ou interesses protegidos pelo direito. Injusta por ser contrária ao ordenamento jurídico.

O terceiro requisito é a defesa de direito próprio ou de terceiro. Ou seja, o ordenamento jurídico admite uma ação defensiva para proteger bem jurídico alheio.

O quarto é a atualidade ou iminência da agressão. Estes se referem ao momento da atuação da ação em legítima defesa. Agressão atual é aquela que já se iniciou e ainda está ocorrendo no momento em que o agente começa a se defender. Iminente é aquela que não se iniciou, mas está prestes a ocorrer.

Estes últimos requisitos possuem maior relevância para o estudo proposto. Juarez Cirino dos Santos<sup>23</sup> esclarece a matéria se baseando nos estudos da doutrina alemã, traçando um paralelo entre a iminência da agressão e as fases do iter criminis, com base em três correntes:

A primeira delas, tese de Günther Jakobs<sup>24</sup>, é a de que a iminência da agressão seria o início da tentativa. Cirino critica o posicionamento, tendo em vista que tal interpretação poderia tornar a legítima defesa inviável, já que haveria necessidade de o defensor aguardar o início da tentativa do agressor para que pudesse reagir. Por exemplo, seria necessário esperar um indivíduo atirar, para que tão somente alguém pudesse agir em legítima defesa.

A segunda teoria é o posicionamento de Eberhard Schmidhäuser<sup>25</sup>, quem entendia que a iminência da agressão já acontecia na fase dos atos preparatórios. Cirino afirma que planejamento ou preparação não constituem uma agressão iminente. O exemplo dado é de que, havendo uma ameaça anunciando uma agressão para o dia seguinte, já se poderia caracterizar a legítima defesa para esta corrente, o que se mostra contrário à nossa legislação, visto que o Código Penal<sup>26</sup> exige agressão atual ou iminente.

O último entendimento é de Claus Roxin<sup>27</sup>, propondo que o início da execução ocorre na “fase final dos atos preparatórios, que é imediatamente prévia à fase da

---

<sup>23</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 228.

<sup>24</sup> JAKOBS apud ibidem.

<sup>25</sup> SCHMIDHÄUSER apud ibidem.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 19.

<sup>27</sup> ROXIN apud SANTOS, op. cit., p. 228.

tentativa”. Trata-se de uma posição intermediária entre as duas anteriores. O autor brasileiro supracitado exemplifica uma hipótese de um indivíduo que se aproxima de outro com a intenção de lesioná-lo, empunhando uma arma de forma ameaçadora, hipótese que já estaria autorizada a defesa legítima.

Considerando que, em regra, os atos preparatórios são atípicos, como por exemplo, a compra de uma arma para a prática de um homicídio, o estudo do local onde se quer praticar um roubo, a teoria de Schmidhäuser se mostra incompatível com o ordenamento jurídico. Somente em hipóteses excepcionais que os atos preparatórios são puníveis, quando possuírem tipificação penal específica e autônoma.

Sendo assim, caso se adotasse esta teoria, a legítima defesa tendo como resultado a morte seria possível nos casos de porte ostensivo de armas, já que tais situações podem ser consideradas, sem dúvidas, atos preparatórios para os crimes de homicídio ou lesão corporal, cujos bens jurídicos são dotados de concretude, seja com a finalidade de cometer estes crimes contra policiais ou outros indivíduos que atentem contra o controle da organização criminosa.

Por outro lado, a tese que melhor se adequa ao direito brasileiro é a de Roxin, já que a fase final dos atos preparatórios se configura uma agressão iminente, prestes a acontecer.

Nesse sentido, em somente havendo o crime de porte de arma de fogo em via pública, sem que se visualize uma ação claramente destinada a colocar em prática a conduta descrita nos tipos penais que protegem bens jurídicos concretos (vida e integridade física), não há que se falar em iminência da agressão.

Isso porque, a segurança pública, ainda que seja considerada um bem jurídico idôneo a ser tutelado pelo ordenamento, por se tratar de um conceito de tamanha abstração, não permite que seja levada em consideração uma agressão, atual ou iminente, a ser protegida pela legítima defesa. Afinal, qual crime não ofende a segurança e a paz pública? Nesse sentido, Gilaberte<sup>28</sup> esclarece:

ainda que reconhecida como bem jurídico legítimo, a segurança pública é de tamanha abstração que autorizaria a legítima defesa em quaisquer situações que causassem, ainda que remotamente, uma sensação de insegurança na população, ou seja, não existiriam mais limites ao reconhecimento da causa de justificação.

---

<sup>28</sup> GILABERTE; SANNINI NETO, op. cit.



Portanto, seguindo este raciocínio, o simples porte ostensivo de armas em via pública não seria suficiente para tirar a vida do infrator da lei, já que se trata de um risco remoto, de modo a não atender nem mesmo o requisito de iminência da agressão da legítima defesa. Segundo o autor, para que haja a aplicação da causa de justificação, é necessária a “ação policial se desenvolvendo, com criminosos prontos para o confronto”, isto é, a iminência concreta da agressão.

O início da execução do tipo penal somente ocorre quando, por exemplo, um criminoso aponta uma arma em direção à excursão policial ou até mesmo se posiciona em local estratégico para o confronto. Nessas ocasiões, está autorizado o uso de *snipers* pelas forças do Estado.

Tendo em vista que Sannini<sup>29</sup> considera a segurança pública como bem jurídico idôneo, inclusive a ser protegido pela legítima defesa, entende ele que, ocorrendo crimes de porte de arma de fogo ostensivamente em via pública para defesa de território, haveria uma agressão iminente, prestes a acontecer, à população local. Esclarecendo seu posicionamento, finaliza que “não se pode exigir que os policiais aguardem o primeiro disparo para então reagir. Se assim fosse, o instituto da legítima defesa só abrangeria a agressão atual e não a iminente”.

À luz da argumentação de José Carlos Porciúncula<sup>30</sup>, fora dos casos legais exemplificados acima, a morte do criminoso seria “a aplicação de uma pena sem o devido processo legal (*nulla culpa, nulla poena sine iudicio*). E mais: da aplicação de uma pena de morte, expressamente vedada pelo artigo 5º, XLVII, alínea a, da CRFB/88<sup>31</sup>.”

### 3. NOS CASOS DE VÍTIMA MANTIDA REFÉM, CONFORME DISPOSTO NA REDAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 25 DO CÓDIGO PENAL, QUALQUER SITUAÇÃO PODERIA SER CONSIDERADA LEGÍTIMA DEFESA?

A Lei nº 13.964/19<sup>32</sup> criou o parágrafo único do art. 25 do Código Penal<sup>33</sup>, conferindo-lhe a seguinte redação, “Observados os requisitos previstos no *caput* deste

---

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. *Abate de indivíduo armado não guarda relação com a legítima defesa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-21/porciuncula-abater-individuo-armado-nao-legitima-defesa#sdfootnote5anc>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>32</sup> BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 19.

artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.”

A própria redação legal estabelece expressamente que devem ser observados os requisitos previstos no *caput*, ou seja: a) uso moderado dos meios necessários; b) agressão injusta; c) atualidade ou iminência da agressão; d) defesa de direito próprio ou de terceiro. Razão pela qual Luiz Flávio Gomes<sup>34</sup> explicou que tal expressão torna o acréscimo legislativo desnecessário, “Se a nova norma diz observados os requisitos do *caput*, o acréscimo nada mais é que uma explicitação supérflua do que já está no art. 25”.

Portanto, antes mesmo da inovação legislativa, nos casos em que um sequestrador fazia vítimas como reféns e era morto por policiais, tal situação já era amparada pela excludente de ilicitude.

Sendo assim, verifica-se já de plano que existem diferenças entre os contextos fáticos já analisados neste trabalho. Se de um lado existe a ausência de efetivo conflito armado entre criminosos e policiais, havendo somente o porte ostensivo de armamentos, o que, ressalte-se, não deixa de ser um fato grave de violação às leis penais, por outro lado, há uma situação grave e iminente de risco de agressão aos reféns em poder do criminoso.

No caso da existência de reféns, o bem jurídico protegido é a vida e a integridade física, de forma direta e imediata, das pessoas que estão em poder do sequestrador, submetidas ao constrangimento de a qualquer momento terem suas vidas retiradas. Há um risco real e concreto para esses bens, e não meramente indireto e longínquo, tal como ocorre com a segurança pública.

Nessa hipótese específica, não há dúvidas de que o uso de atiradores de elite é imprescindível. Basta verificar os casos já ocorridos no país. Entre vários, os fatos mais marcantes foram: o caso do sequestro do ônibus 174 ocorrido no ano 2000, em que houve a morte trágica de uma refém, e, por tal razão, foi considerado pela sociedade uma falha do Estado, e, mais recentemente, o sequestro ocorrido na ponte Rio-Niterói no ano de 2019, havendo 39 reféns, terminando somente com a vítima fatal do criminoso.

De fato, tais casos estão amparados pelo ordenamento jurídico. Isso porque como as vítimas correm risco de morte em razão das ameaças do sequestrador, os atiradores atuam em legítima defesa de terceiros, já que, no mínimo, existe o conflito

---

<sup>34</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Prerrogativa de autonomia*. Projeto “anticrime” do governo: legítima defesa ou lei do abate?. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-12/opiniao-projeto-anticrime-legitima-defesa-ou-lei-abate>>. Acesso em: 16 jun. 2020.



entre os bens jurídicos vida da vítima contra vida do sequestrador e, portanto, é possível uma ação capaz de repelir o risco de agressão, ainda que para tanto seja necessário causar a morte do agressor. Não há dúvidas de que se trata de um risco iminente, pois a qualquer momento se pode retirar a vida das vítimas.

Um ponto muito bem analisado por Fernando Galvão<sup>35</sup>, é a de que existe uma tênue diferença entre o parágrafo único e o *caput*, afirmando que, no primeiro, a redação legal menciona a expressão “risco de agressão”, diferentemente do *caput*, em que há a menção de “agressão iminente”, não se podendo confundir os dois termos. O autor chama atenção para o disposto no art. 11, inciso II, alínea “b”, da Lei Complementar nº 95/98<sup>36</sup>, a qual dispõe de normas sobre técnica legislativa na elaboração das leis, para afirmar que o legislador não pode querer expressar uma mesma ideia por meio de palavras diferentes.

Segundo ele, a interpretação que se faz é a de que há uma diferença temporal no sentido das expressões. Agressão iminente, conforme já dito, é a que está prestes a ocorrer, a proximidade temporal com a agressão é bastante curta. Já o risco de agressão seria um lapso temporal mais distante da agressão. Razão pela qual, “no risco de agressão, a agressão é possível, mas, não se pode ter certeza sobre a sua ocorrência futura”. Portanto, pode-se dizer que o legislador conferiu um alargamento temporal para a atuação em legítima defesa na existência de vítimas reféns. É possível a reação em momento anterior à iminência da agressão, ou seja, no momento do risco.

No entanto, ainda que haja vítimas feitas de refém, podem haver situações em que a utilização de um atirador de elite não seja necessária. Anteriormente a situação fática era de um sequestrador que fazia vítimas reféns para exigir das autoridades públicas alguma vantagem, tal como no recente caso do sequestro de um ônibus ocorrido na ponte Rio-Niterói em 2019. Se a vantagem pretendida é econômica, o crime praticado é a extorsão mediante sequestro, art. 159 do Código Penal<sup>37</sup>, em que o agente exige uma condição ou preço do resgate à terceiros. Não exigida alguma condição ou valor, o crime praticado será o de sequestro e cárcere privado do art. 148 do mesmo diploma legal. O que se verifica na prática é que aqui, em regra, há uma situação de grave e iminente risco de morte dos reféns, não sendo raro os casos de vítimas fatais.

---

<sup>35</sup> GALVÃO, Fernando. *Legítima defesa por agente de segurança pública*. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/03/09/Legitima-defesa-por-agente-de-seguranca-publica>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

<sup>36</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº 95*, de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2020.

<sup>37</sup> BRASIL, op. cit., nota 19.

Situação diversa ocorre nos conhecidos sequestros relâmpagos do §3º do art. 158 do Código Penal<sup>38</sup>, em que a própria restrição da liberdade é condição necessária para obtenção da vantagem econômica, como por exemplo, nos casos em que o agente sequestra a vítima, obrigando-a a acompanhá-lo a um caixa de uma agência bancária para retirada de valores. Ou até mesmo nos casos de roubo com restrição da liberdade, art. 157, §2º, inciso V, do Código Penal<sup>39</sup>, em que a restrição da liberdade se dá para possibilitar a subtração, quando, por exemplo, um ladrão amarra alguém para subtrair os bens de uma casa ou, para assegurar a impunidade do crime, como nos casos de roubos a caminhões, em que o motorista é deixado em local distante do cometimento do crime para evitar que a vítima chame os policiais.

Nesses casos, de um modo geral, não há grave e iminente risco à vida das pessoas. Embora haja a restrição à liberdade, o que se verifica na prática é o baixo número mortes, fazendo com que o tiro de comprometimento, a princípio, não seja necessário.

Portanto, não é toda ou qualquer situação de vítimas feitas reféns que será necessária a presença de um *sniper*, de forma fria e indiscriminada como algumas vezes possam defender.

Nesse sentido, esclarece Fernando Galvão<sup>40</sup>:

o risco de agressão não pode se caracterizar diante de uma possibilidade distante de agressão. Deve fundamentar-se minimamente em elementos fáticos que possam lastrear a possibilidade da ocorrência da agressão. A possibilidade da ocorrência da agressão e de sua intensidade devem ser consideradas juntamente com as possíveis mudanças nas circunstâncias de fato, inclusive as mudanças produzidas pela própria intervenção dos agentes de segurança pública. Também devem ser consideradas as possíveis consequências, incluindo a morte da vítima. O exame do contexto fático exige preparo e experiência. A leitura equivocada do cenário pode precipitar ou postergar a intervenção dos agentes de segurança, com desdobramentos lesivos ilícitos.

Não basta que no contexto fático se tenha a existência de reféns, como pode parecer por uma leitura equivocada da lei. Ora, se no próprio parágrafo único do dispositivo legal existe a imposição da observância dos requisitos previstos no *caput*, a atuação do agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém deve ser feita usando moderadamente os meios necessários.

Assim, não se trata de uma operação matemática em que poderá ser aplicado em todos os casos, irrestritamente. Tudo dependerá da análise razoável da situação fática

---

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> GALVÃO, op. cit.



realizada pela autoridade policial. Certo é que, verificando risco iminente de morte, com negociações prévias sendo infrutíferas, é possível a morte do criminoso para salvar a vida das vítimas, agindo os policiais em legítima defesa de terceiros.

## CONCLUSÃO

Embora a vontade da sociedade no combate à criminalidade possa influenciar no direcionamento das políticas de segurança pública, o abate de criminosos que portem armamentos em via pública não possui amparo no ordenamento jurídico vigente.

Os bens jurídicos segurança e paz públicas são reconhecidos pela jurisprudência e em quase unanimidade pela doutrina. No entanto, considerando que a proporcionalidade entre reação defensiva e a lesão ao bem jurídico é um requisito da legítima defesa, tendo em vista que a lei exige o uso moderado dos meios necessários, havendo a morte do agressor na hipótese de simples cometimento de crime de porte de arma de fogo, não há o atendimento de tal requisito.

Também não há que se falar em atualidade ou iminência de agressão. Isso porque, para que haja legítima defesa, deve-se levar em conta que a agressão seja direcionada à bens jurídicos dotados de concretude, como a vida e a integridade física. Nos crimes de porte de arma de fogo, tais bens jurídicos são atingidos de forma mediata e distante, já que a ofensa é direcionada diretamente à segurança e paz públicas.

Diante da nova redação legal, a utilização de atiradores de elite é, e sempre foi, lícita nos casos de vítimas mantidas reféns, considerando que nesse caso a vida e a integridade física das pessoas sofre risco concreto e direto de agressão.

Não obstante a norma permita o reconhecimento da excludente de ilicitude para proteger vítimas reféns de agressão ou risco de agressão, a redação legal é expressa em exigir a observância dos requisitos previstos no *caput* do artigo, principalmente quanto ao uso moderado dos meios necessários. Assim, não é toda e qualquer situação fática de reféns que se estará autorizado o uso legal dos *snipers*, de forma irrestrita. Havendo excessos por parte dos agentes de segurança pública, estes deverão ser responsabilizados criminalmente.

Portanto, a interpretação técnica do ordenamento jurídico feita pelos operadores do direito não pode ser influenciada pelo sentimento de justiça da sociedade brasileira. Ainda que o combate à criminalidade pareça não ter fim e os índices de violência não diminuam, a Constituição Federal vigente não permite a pena de morte.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 26. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 95*, de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.437*, de 20 de fevereiro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9437.htm)>. Acesso em: 25 set. 2020

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm)>. Acesso em: 25 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei do Senado nº 352*, de 26 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130958>>. Acesso em: 29 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 7.104*, de 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606009>>. Acesso em: 29 set. 2020.

CAPEZ, Fernando. *Execução Penal - simplificado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 11. ed. Belo Horizonte: D'Placido, 2019.

\_\_\_\_\_. *Legítima defesa por agente de segurança pública*. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/03/09/Legitima-defesa-por-agente-de-seguranca-publica>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

GILABERTE, Bruno; SANNINI NETO, Francisco. *O "abate" de criminosos armados por atiradores de elite (snipers)*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jus>>



brasil.com.br/artigos/643981113/o-abate-de-criminosos-armados-por-atiradores-de-elite-snipers>. Acesso em: 18 jun. 2020.

GOMES, Luís Flávio. *Prerrogativa de autonomia*. Projeto “anticrime” do governo: legítima defesa ou lei do abate?. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-12/opiniao-projeto-anticrime-legitima-defesa-ou-lei-abate>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 8. ed. V. II. Niterói: Impetus, 2014.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. V. I., tomo II: arts. 11 ao 27. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESUS, Damásio. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LESSA, Marcelo de Lima. O tiro defensivo e o tiro de advertência no contexto do uso progressivo da força e da preservação da vida. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5907, 3 set. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62640>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *Abate de indivíduo armado não guarda relação com a legítima defesa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-21/porciuncula-abater-individuo-armado-nao-legitima-defesa#sdfootnote5anc>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

RODAS, Sérgio. *Autorização para matar*. Ideia de Witzel de “abater” quem estiver com fuzil é ilegal e não protege policiais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-30/proposta-witzel-abater-portador-fuzil-inocua-ilegal>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

## O DANO AMBIENTAL OCORRIDO EM BRUMADINHO-MG

Priscila Carneiro da Silva

Graduada pela Faculdade de Direito de Campos - UNIFLU. Advogada. Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UCAM.

**Resumo** – a responsabilidade civil ambiental tem o condão de promover a indenização por danos ambientais que retiram da coletividade o direito de viver em um ambiente sadio, limpo, organizado, com fauna, flora e vida de forma abundante. O princípio da dignidade humana atrelado ao princípio da isonomia ou igualdade visam garantir um ambiente sustentável. Os danos morais coletivos permitem a proteção do direito de um grupo de indivíduos. Dessa forma, os danos são compensados financeiramente, mas não fazem desaparecer as consequências do dano e do direito violados. O artigo analisa se foi respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana no dano ambiental ocorrido em Minas Gerais, na cidade de Brumadinho.

**Palavras-chave** – Dano ambiental. Responsabilidade Civil. Dano social.

**Sumário** – Introdução. 1. A responsabilidade civil ambiental e seus desdobramentos. 2. Os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia na tutela do Direito ambiental. 3. A cobrança de danos sociais cumulados com danos morais coletivos. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o dano ambiental ocorrido em Brumadinho (MG). O contexto social do estudo do presente trabalho aconteceu na barragem 1, que foi rompida em 25 de janeiro de 2019, no Córrego do Feijão, em Brumadinho-MG. Essa barragem foi construída pela Empresa Vale e o rompimento dela ocasionou a morte de pelo menos 259 pessoas. Porém, 11 pessoas estão desaparecidas e mais de 395 pessoas foram localizadas, totalizando 665 pessoas envolvidas nesse acidente. As procuras estão suspensas devido à pandemia da COVID-19.

Insta salientar que a Constituição da República traz, em seu art. 225, a importância da preservação ambiental para as próximas gerações e também para as atuais.

A relevância de se estudar o referido tema se dá pela replicação da conduta exercida pela empresa responsável, a companhia Vale, em decorrência do rompimento da barragem, e pelo Estado ao exercer o papel de ente fiscalizador. A Vale é a segunda maior devedora da União, já tendo ocupado em 2015 a posição de maior devedora da União.



O dano ocorrido em Mariana (MG) já demonstrava a previsibilidade do acidente que anos depois aconteceria em Brumadinho. A não preservação ao meio ambiente tem ocasionado a escassez de água em alguns países. O Brasil não deve reproduzir esse exemplo, sob pena de cometer múltiplos danos ao meio ambiente, com graves prejuízos, que atingirão a fauna e a flora.

Dessa forma, objetiva-se discutir a responsabilidade civil do Estado diante da queda da barragem, localizada no Córrego Feijão, em Brumadinho-MG, no ano de 2019, que é considerado o maior acidente ocorrido no Brasil, em termos de vidas humanas. Chamado de desastre ambiental, humanitário e industrial, tendo em vista a sua importância e a sua repercussão social.

De forma específica, esse trabalho tem por objetivos: a) demonstrar a responsabilidade civil pelo dano ambiental de Brumadinho-MG; b) analisar o confronto que esse dano ambiental proporcionou na dignidade da pessoa humana e na isonomia e c) demonstrar se é possível ou não cobrar danos sociais cumulados com danos morais coletivos, nessa hipótese.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho, apresentando a responsabilidade civil ambiental do Estado com o objetivo de problematizar sobre sua natureza, isto é, se é objetiva ou subjetiva a referida responsabilidade.

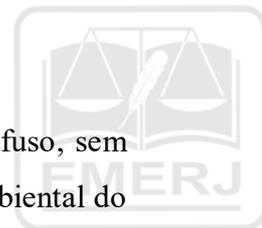
Segue-se ponderando, no segundo capítulo, se é possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, que o rompimento de barragens deixa de ser um problema individual e meramente patrimonial e passa a ser uma questão social, econômica e jurídica, ao privilegiar os princípios da isonomia e da dignidade humana.

O terceiro capítulo demonstra a possibilidade de cobrar danos sociais cumulados com danos morais coletivos, nessa hipótese em comento.

A abordagem feita nesse artigo é a qualitativa, tendo em vista que a pesquisadora vai se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, que será analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência). Essa metodologia utilizada no presente trabalho possui a finalidade de sustentar a tese da pesquisadora.

## 1. A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E SEUS DESDOBRAMENTOS

A responsabilidade civil ambiental é decorrência lógica dos princípios ambientais do poluidor pagador e da reparação, o que significa dizer que, a pessoa física ou jurídica que causa dano ao meio ambiente tem o dever de ressarcir a coletividade. No que tange à reparação, ela



se justifica pelo fato de que essa pessoa física ou jurídica se utilizou de um bem difuso, sem observar os deveres de cuidado que se esperava dela, para a correta preservação ambiental do bem. Dessa maneira, o explorador do meio ambiente deverá indenizar a sociedade, ou seja, deverá minimizar os efeitos sentidos pelas pessoas que tiveram seus bens ou as vidas de seus entes queridos atingidos, em decorrência do dano ambiental praticado.

Portanto, o poluidor vai custear as despesas para a prevenção ambiental (realizados estudos de impactos ambientais) e controle, a fim de que a sociedade não arque com esse prejuízo, o que implicaria em atingir os direitos das presentes e futuras gerações, consubstanciado no princípio da solidariedade intergeracional.

Nessa toada, a Carta Cidadã<sup>1</sup>, em seu artigo 225, *caput*, traz o princípio intergeracional da preservação ambiental que deve ser respeitado. Essa tutela representa a proteção que gozam as gerações atuais, sendo o mesmo direito das futuras gerações, no tocante a um ambiente sustentável e equilibrado.

Para José Casalta Nabais<sup>2</sup>, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra:

[...] tende a acrescentar-se uma quarta camada de deveres formada pelos deveres ecológicos, de que são exemplos os deveres de defender um ambiente humano são e ecologicamente equilibrado e o dever de cada um preservar, defender e valorizar o patrimônio cultural.

Dessa forma, respeitado o meio ambiente, as novas gerações não terão seu habitat prejudicado pelas presentes gerações, isto é, as futuras gerações devem viver em semelhantes condições ambientais em que vivem as gerações de hoje. O ambiente equilibrado é o que deseja a Lei Maior, para as presentes e futuras gerações. Essa é a garantia que se deseja tutelar com a Carta Magna. Esse é o entendimento que se depreende do art. 225, *caput*, *in fine* da CRFB/88<sup>3</sup>.

Portanto, diante da existência dos princípios supracitados, percebe-se que o Direito evoluiu para a proteção integral do meio ambiente e que o dano ambiental hoje acarreta em responsabilidade civil de natureza objetiva, ou seja, é dispensável a comprovação de culpa para que o Estado<sup>4</sup>, a empresa privada ou a pessoa física sejam responsabilizados civilmente.

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2020.

<sup>2</sup>NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

<sup>3</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>4</sup>CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Empresa de mineração que deixou vaziar resíduos de lama tóxica*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/94e4451ad23909020c28b26ca3a13cb8>>. Acesso em: 20 nov. 2020.



Isso significa que não se discute a periculosidade da atividade desenvolvida, mas tão somente se ela apresentava ou não risco, se era lícita ou não. Portanto, esses não são fatores indispensáveis à caracterização da responsabilização civil ambiental.

Nesse sentido, conforme se depreende da doutrina de Annelise Monteiro Steigleder<sup>5</sup>:

vislumbra-se no instituto da responsabilidade civil uma função claramente precaucional e preventiva, de molde a atuar no momento em que os riscos ambientais são produzidos, permitindo-se a imposição de obrigações de fazer e de não fazer capazes de gerenciar estes riscos [...].

No entanto, a proteção ambiental não impede que seja feita a exploração responsável dos recursos ecológicos. Contudo, não se pode desnudar a proteção e a preservação do meio ambiente com o intuito de maiores crescimentos econômico e político.

É indispensável separar-se “o joio do trigo”, ou seja, não se deve confundir a exploração produtiva de forma responsável daquela que traz destruição do meio ambiente que é finito. Aquela exploração trará benefícios para a sociedade, de cunhos financeiro e social. O que se rejeita nesse trabalho é o dano ambiental que se traduz não somente por meio das lágrimas humanas, mas por meio daquele sangrar da flora e da fauna. Não se deseja aqui coadunar o raciocínio de que o importante é a economia forte e a geração de trabalho, mas sim sopesar as evoluções industrial e financeira com o ambiente renovável e também produtivo.

Dessa forma, a responsabilidade civil ambiental é compatível com a própria ideia de justiça cunhada por Aristóteles<sup>6</sup> e citada por Salomão<sup>7</sup>. Não se trata aqui daquela justiça utópica e distante (idealizada por Thomas More<sup>8</sup>), capaz de retornar o meio ambiente ao *status quo ante*, mas da justiça que vai ressarcir a coletividade dos prejuízos causados pela irresponsabilidade da exploração ambiental.

No entanto, com a evolução jurídica no tempo, é importante ressaltar que a jurisprudência do STJ<sup>9</sup> fixou teses em recurso repetitivo com o fito de caracterizar a responsabilidade civil por danos ambientais. As teses fixadas foram: I) é indiscutível que a responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, fundamentada pela Teoria do Risco

<sup>5</sup>STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 172.

<sup>6</sup>ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: LeBooks, 2019, [e-book].

<sup>7</sup>PARACATU. *A justiça de Salomão*. Disponível em: <<https://paracatu.net/view/1990-a-justica-de-salo-mao>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

<sup>8</sup>MORE, Thomas. *Utopia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 20.

<sup>9</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1374284-MG*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27RESP%27clas.+e+@num=%271374284%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271374284%27.Suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27RESP%27clas.+e+@num=%271374284%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271374284%27.Suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 6 jul. 2020.



Integral; II) o acidente ambiental causado é motivo para a recomposição civil dos danos materiais e morais ocorridos e III) utilizam-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para fixar a indenização cabível que se dará caso a caso pelo Tribunal competente.

Sendo assim, no que tange à Teoria do Risco Integral, compreende Márcia Andrea Bühring<sup>10</sup> que: “[...] a responsabilidade civil ambiental, tem por base a Teoria do Risco Integral, portanto, independe de culpa, e, por isso objetiva, mas não dispensa a comprovação do nexo causal entre a conduta/atividade e o dano ambiental propriamente dito [...].”

Por consequência, o nexo de causalidade é o fator que permite que o risco se dê naquela atividade realizada pela empresa ou pelo Estado. Não é possível, nesse caso, alegar excludente de responsabilidade civil, pois essa fica a cargo da indenização civil ambiental. O que se deseja na seara cível é a eliminação de fatores capazes de produzir riscos intoleráveis. Interessante esse entendimento, de acordo com a jurisprudência do STJ<sup>11</sup>:

[...] é admissível, no sistema dos Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ n.8/2008) definir, para vítimas do mesmo fato, em condições idênticas, teses jurídicas uniformes para as mesmas consequências jurídicas.[...] d) Configuração de dano moral- patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo [...].

Ademais, é preciso levar em consideração a capacidade econômica do indivíduo/ente/empresa que praticou o dano ambiental. Além disso, deve-se prever, também, o grau de culpa que se obteve no acidente ambiental ou no dano ambiental. Por consequência lógica, se estabelecerá, então, o valor indenizatório. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade serão prestigiados, tendo em vista que se está diante da aferição do *quantum*<sup>12</sup> indenizatório a ser pago pela Vale, no caso em tela.

É necessário aferir a capacidade contributiva da empresa envolvida no caso em voga, porque se ela for condenada a pagar uma indenização ínfima, não terá sido satisfeita a função punitiva que aqui se estabelece. A conduta da Vale foi tão grave, que estamos diante de

<sup>10</sup>BÜHRING, Marcia Andrea. *Responsabilidade civil ambiental*. Caxias do Sul: Educs, 2018, [e-book].

<sup>11</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1114398-PR*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2014\\_234\\_ca\\_pSegundaSecao.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2014_234_ca_pSegundaSecao.pdf)>. Acesso em: 8 jul. 2020.

<sup>12</sup>BRASIL. Tribunal De Justiça Do Estado De Minas Gerais. *Apelação Cível n° 1.0086.11.002445-1/004*. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?linhasPorPagina=10&paginaNumero=1&numeroUnico=1.0086.11.0024451/004&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 20 nov. 2020.



verdadeiro crime ambiental, conforme se decidiu no caso concreto<sup>13</sup>.

Será levado em consideração, também, o porte da empresa, bem como a capacidade que a empresa tem de indenizar o dano ambiental praticado, isto é, qual é o valor que vai atingir economicamente a empresa diante da gravidade do dano causado (forma de punição). Pensar de forma diferente seria engessar o Poder Judiciário e permitir que as grandes empresas continuassem se beneficiando à custa do sofrimento dos menos favorecidos.

Por isso, o magistrado, em conformidade com a jurisprudência do STJ<sup>14</sup>, deverá utilizar-se de sua experiência e do bom senso, a fim de evitar o locupletamento ilícito de uma das partes. Deverá também o juiz evitar que a outra parte fique prejudicada com a lesão sofrida (seja de natureza ambiental, perda de bens ou da vida) pelo dano ambiental.

Isso significa que o magistrado deve se aproximar da efetiva e eficaz compensação por meio da indenização por danos morais e materiais, observado o direito à vida, ao meio ambiente sustentável e à dignidade humana. Ademais, não menos importante, insta salientar que o risco integral encontra guarida não apenas na doutrina e na jurisprudência, mas em fonte primária (lei) e na própria Constituição da República. Trata-se da aplicação da Lei nº 6.938/81<sup>15</sup>, art. 14, §1º c/c o art. 225, §§2º e 3º da Lei Maior<sup>16</sup>, isto é, não há a possibilidade de se invocar qualquer excludente de responsabilidade, como caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro.

No caso de Brumadinho, já era previsível que a qualquer momento a barragem se romperia<sup>17</sup>. O Estado e a empresa responsáveis pela exploração nada fizeram a fim de evitar essa tragédia ambiental, que resultou na morte de muitas famílias e na destruição de bens móveis e imóveis.

Portanto, entendeu-se que a empresa foi responsável pelo dano ambiental, que ela ocasionou com a ação exploratória. O Estado também foi responsável pelo dano ambiental, consoante o art. 37, §6º da CRFB/88<sup>18</sup>, pois era notória a exploração realizada na área e o

<sup>13</sup>TURCHETTI, Ana Clara. *Brumadinho foi desastre ou crime ambiental?* Disponível em: <<https://www.ombrelo.com.br/variedades/brumadinho-desastre-ou-crime-ambiental/>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

<sup>14</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1374284-MG*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271374284%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271374284%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271374284%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271374284%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 8 jul. 2020.

<sup>15</sup>BRASIL. *Lei nº 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)>. Acesso em: 8 jul. 2020.

<sup>16</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>17</sup>BRASIL. IBGE. *Diagnóstico da qualidade ambiental da bacia do rio São Francisco: Sub-Bacias do Oeste Baiano e Sobradinho*. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv\\_83955.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv_83955.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2020.

<sup>18</sup>Ibid.

iminente risco de rompimento das barragens.

Poder-se-ia falar, inclusive, em responsabilidades administrativa e penal do Estado e da empresa responsável pela exploração, mas não se fugirá do tema civilista em debate<sup>19</sup>. Por fim, insta salientar que a Vale reduziu seus gastos com segurança, após a tragédia de Mariana, antes mesmo do desastre de Brumadinho<sup>20</sup>.

## 2. OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA ISONOMIA NA TUTELA DO DIREITO AMBIENTAL

Este capítulo visa demonstrar alguns dos princípios que foram violados pela conduta omissiva da empresa e do Estado em Brumadinho. *Prima facie*, é de suma importância diferenciar o conceito entre princípios e regras<sup>21</sup>. Ambos são espécies do gênero normas jurídicas. As regras possuem natureza impositiva, impõem um fazer ou não fazer (são concretas), enquanto os princípios são abstratos, preceitos de ordem moral ou social.

O ocorrido em Brumadinho acarretou no ajuizamento de diversas ações populares. O direito à igualdade/isonomia e à dignidade humana se mostram assegurados pelo Judiciário, tendo em vista o tamanho e a dimensão do evento danoso. Nesse sentido, STJ<sup>22</sup>:

em face da magnitude econômica, social e ambiental do caso concreto (responsabilidade civil e ambiental envolvendo Brumadinho), é possível a fixação do juízo do local do fato para julgamento de ação popular que concorre com diversas outras ações individuais, populares e civis públicas decorrentes do mesmo dano ambiental.

De acordo com a própria topografia constitucional, os direitos constantes no art. 5º, caput da CRFB/88<sup>23</sup> são individuais e coletivos. Além disso, o próprio preâmbulo da Carta

<sup>19</sup>RICCI, Larissa. *Justiça de Brumadinho condena Vale a pagar R\$ 12 milhões por quatro mortes*. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/09/19/interna\\_gerais,1086389/justica-de-brumadinho-condena-vale-a-pagar-r-12-milhoes-por-quatro-mo.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/09/19/interna_gerais,1086389/justica-de-brumadinho-condena-vale-a-pagar-r-12-milhoes-por-quatro-mo.shtml)>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>20</sup>PRAZERES, Leandro. *Após tragédia em Mariana, Vale reduziu em 44% os gastos em segurança*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/02/01/tragedia-em-mariana-vale-corta-gastos-seguranca.htm>>. Acesso em: 08 set. 2020

<sup>21</sup>PLATON, Pedro. *Entenda a diferença entre Regra e Princípio*: Segundo Robert Alexy. Disponível em: <[<sup>22</sup>CAVALCANTE, Márcio André Lopes. \*Em regra, o autor pode ajuizar a ação popular no foro de seu domicílio, mesmo que o dano tenha ocorrido em outro local; contudo, diante das peculiaridades, as ações envolvendo o rompimento da barragem de Brumadinho devem ser julgadas pelo juízo do local do fato\*. Disponível em: <\[<sup>23</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.\]\(https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ef2ee09ea9551de88bc11fd7eeea93b0> . Acesso em: 24 out. 2020.</p></div><div data-bbox=\)](https://pedroplaton.jusbrasil.com.br/artigos/579705916/entenda-a-diferenca-entre-regra-e-principio#:~:text=Para%20Alexy%2C%20princ%C3%ADpios%20s%C3%A3o%20normas%20que%20ordenam%20que,s%C3%A3o%20normas%20que%20podem%20ou%20n%C3%A3o%20ser%20cumpridas.> . Acesso em: 08 set. 2020.</p></div><div data-bbox=)



Magna institui o Estado democrático de Direito com respeito aos direitos sociais e individuais e à igualdade<sup>24</sup>.

Dessa forma, o legislador ordinário, seguindo o constituinte, trouxe no art. 81, parágrafo único, I do CDC, os direitos difusos que são aqueles direitos indivisíveis, transindividuais, pertencentes a pessoas indeterminadas e que possuam ligação por circunstâncias de fato<sup>25</sup>. Dentro dos direitos difusos está o Direito Ambiental.

Insta salientar, que o meio ambiente é um patrimônio comum da humanidade. Só assim, pode-se falar em proteção integral (teoria da proteção integral) e respeitar o direito ambiental das futuras gerações. Portanto, o Poder Público deve dirigir suas ações no sentido de proteger de forma integral o meio ambiente, por meio de ratificação de tratados internacionais, pactos e convenções. O direito ao meio ambiente é um direito fundamental de terceira (3ª) dimensão<sup>26</sup>.

Importante ressaltar que, o termo geração está ultrapassado<sup>27</sup>, pois as próximas dimensões não tornam diminutos os direitos já adquiridos, mas somam as conquistas recentes àquelas já positivadas e aceitas socialmente. O que se busca é evitar o prejuízo coletivo dos indivíduos, em decorrência da afetação de um bem a apenas uma pessoa (nesse caso a Vale), em detrimento do bem comum (ambiente sadio para todos). Além do mais, o direito ao meio ambiente saudável é direito indisponível e imprescritível. O STJ<sup>28</sup>, nesse sentido:

[...] o direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal [...].

Segundo Luis Régis Prado<sup>29</sup>:

[...] a intenção do legislador constituinte brasileiro foi dar uma resposta ampla à grave

<sup>24</sup>Ibid.

<sup>25</sup>BRASIL. *Lei n° 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>26</sup>TAKEDA, Tatiana de Oliveira. *Meio ambiente: Direito de terceira geração*. Disponível: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/meio-ambiente-direito-de-terceira-geracao/>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>27</sup>TORRANO, Marco Antonio Valencio. *Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem?* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31948/quantas-dimensoes-ou-geracoes-dos-direitos-humanos-existem>>. Acesso em: 12 set. 2020.

<sup>28</sup>CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/742141ceda6b8f6786609d31c8ef129f>>. Acesso em: 24 out. 2020.

<sup>29</sup>PRADO, Luiz Régis. *Direito penal do ambiente*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2019, [e-book].

e complexa questão ambiental, como requisito indispensável para garantir a todos uma qualidade de vida digna [...].

A nova perspectiva trazida pela Lei Maior está demonstrada pela expressão “sadia qualidade de vida”, estabelecida no art. 225, *caput* da CRFB/88<sup>30</sup>. Para a efetiva existência de qualidade de vida é necessária a observância da dignidade da pessoa humana, atrelada à igualdade material.

Trata-se aqui de direito da personalidade, constante no art. 11 do Código Civil (CC), direitos que não são transmissíveis nem renunciáveis.<sup>31</sup> Portanto, condizente com a ideia de bem-estar social, é possível afirmar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sadio e sustentável eleva esse direito difuso a direito fundamental, indispensável e, portanto, cláusula pétrea.

O desenvolvimento do ser humano é inerente à preservação da dignidade. Não há meio ambiente saudável se não houver contribuição para uma realidade digna. O homem faz parte do ambiente e como tal faz jus a um *habitat* limpo, salubre, preservado e digno.

Portanto, a própria existência da espécie humana está atrelada à ideia de conservação ambiental. No entanto, o direito fundamental a um ambiente sadio, sustentável e equilibrado não permite o retrocesso dessa garantia constitucional. Ressalta-se que no Brasil é vedado o *efeito cliquet*<sup>32</sup>, também chamado de princípio do não retorno.

Além disso, insta salientar que o STJ, no REsp nº 1.366.331<sup>33</sup>, já se posicionou sobre a relação entre o meio ambiente, a dignidade humana e a igualdade. Nesse sentido:

[...] cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul objetivando o cumprimento de obrigação de fazer consistente na instalação de rede de tratamento de esgoto, mediante prévio projeto técnico, e de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e à saúde pública.[...] 7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível [...].

Ainda, de acordo com Annelise Monteiro Steigleder<sup>34</sup>:

<sup>30</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>31</sup>BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>32</sup>EMAGIS. *Efeito cliquet*: exemplos de sua aplicação. Disponível em: <<https://www.emagis.com.br/area-gratuita/que-negocio-e-esse/efeito-cliquet-exemplos-de-sua-aplicacao/#:~:text=A%20Proibi%C3%A7%C3%A3o%20do%20Retrocesso%2C%20tamb%C3%A9m,%2C%20Inoc%C3%A4ncio%20M%C3%A1rtires%3B%20MENDES%2C%20Gilmar>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>33</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.366.331/RS. Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/184882570/recurso-especial-resp-1366337-rs-2012-01324-65-9>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>34</sup>STEIGLEDER, op. cit., p. 91.



destaca-se, no entanto, uma evolução no próprio conceito de direito da personalidade, que não se volta exclusivamnete para a proteção imediata da vida e da saúde das pessoas individuais, mas sim para a proteção imediata de valores ambientais essenciais à realização da personalidade de cada homem.

Por fim, insta salientar que a dignidade humana é metaprincípio que rege o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, não há meio ambiente sadio e sustentável sem tutela à igualdade e à dignidade humana. Esses são pilares fundamentais da Carta da República<sup>35</sup>, que tornam a aplicação do Direito mais justa e livre.

### 3. A COBRANÇA DE DANOS SOCIAIS CUMULADOS COM DANOS MORAIS COLETIVOS

De acordo com especialistas ambientais<sup>36</sup>, o caso Brumadinho foi o maior acidente trabalhista do país. O caso chamou a atenção de especialistas de Direito Civil, Direito Penal e Direito Ambiental. Os ambientalistas trouxeram à tona que tratava-se na verdade de dano social, que é o dano que causa lesões à sociedade, por afronta ao patrimônio moral e por reduzir significativamente a qualidade de vida daquela população.

Vislumbra-se que ocorreu afronta latente ao patrimônio moral de um povo. Por isso, esse foi o dano percebido pelos moradores de Brumadinho, que perderam seus entes queridos, suas casas, seus trabalhos e seus bens.

Não é hipótese de dano meramente moral<sup>37</sup> que atinge individualmente o agente, mas de dano social capaz de destroçar a vida da coletividade. Os danos sociais não se confundem, no entanto, com o dano moral coletivo.

O dano moral coletivo é aquele arbitrado pelo magistrado em razão de grave dano ambiental. O Ministério Público<sup>38</sup> ou qualquer outro legitimado poderão ajuizar ação civil pública pedindo que a Vale, no caso concreto, seja condenada a recompor o dano causado ao

<sup>35</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>36</sup>FELLET, João; SOUZA, Felipe. *Brumadinho é maior acidente de trabalho já registrado no Brasil*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47012091#:~:text=O%20maior%20acidente%20de%20trabalho,e%20ferindo%20mais%20de%20cem.>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

<sup>37</sup>JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; WENZEL, Leticia Costa Mota. *O acidente em Brumadinho e alguns aspectos da tarifação do dano extrapatrimonial de seus empregados, dos empregados terceirizados e seus familiares*. Disponível em: <<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/671095441/o-acidente-em-brumadinho-e-alguns-aspectos-da-tarifacao-do-dano-extrapatrimonial-de-seus-empregados-dos-empregados-terceirizados-e-de-seus-familiares>>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>38</sup>GUEDES, Alessandro Marinho. *A legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública*. Disponível em: <<https://alessandromg.jusbrasil.com.br/artigos/611608510/a-legitimidade-do-ministerio-publico-para-propor-acao-civil-publica>>. Acesso em: 15 set. 2020.

meio ambiente, em face da coletividade.

Importante diferenciar compensação de indenização. Naquela, não se deseja devolver o *status quo* à pessoa, mas apenas minimizar o dano sofrido. Enquanto, neste o que se pretende é pagar os danos materiais, efetivamente sofridos pela vítima do dano ambiental, como ocorreu no caso em análise, em Minas Gerais.

Trata-se de uma questão técnica, mas capaz de ratificar a importância do dano moral na vida humana. Isso se dá, porque o que se perdeu durante a tragédia não será recomposto em sua literalidade, mas apenas amenizado de forma material. A forma jamais será a mesma.

Portanto, para dar força a esse entendimento, será paga a quantia, em favor da coletividade, em decorrência do dano moral, que atingiu a muitas pessoas e não apenas a uma pessoa. Há precedentes do STJ em sentido diverso<sup>39</sup>, porém de forma minoritária.

A posição que prevalece é aquela que coaduna com a possibilidade de indenização por dano moral coletivo<sup>40</sup>. Além disso, de acordo com a jurisprudência do STJ<sup>41</sup>, a empresa poderá ser condenada a pagar cumulativamente a recomposição ao ambiente e a compensação por dano moral coletivo.

Tal hipótese se dá, porque o art. 3º da Lei de ação civil pública (Lei nº 7.347/1985) afirma que a referida ação poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Mas, na verdade essa conjunção “ou” funciona para a jurisprudência do STJ como se fosse a conjunção “e”, isto é, como condição aditiva.

Portanto, é possível para a 2ª Turma do STJ<sup>42</sup>, cumular danos sociais com danos morais coletivos. Tal prática se dá, devido ao caráter punitivo do dano social. O magistrado condena o agente ao dano social com o intuito de dissuadir, de ser didático e de punir. Nesse caso, o dano é sancionatório, porque o desejo do magistrado ao aplicar esse dano social é o de desestimular novas condutas similares, capazes de ensejar dano social.

Há um caso prático do TRT – 2ª Região<sup>43</sup>, em que o Sindicato dos Metroviários de São

---

<sup>39</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1305977-MG*. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciae\\_mteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciae_mteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>40</sup>CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Dano moral coletivo no direito ambiental*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8698ff92115213ab187d31d4ee5da8ea>>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>41</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1328753-MG*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>42</sup>TARTUCE, Flávio. *Resumo*. Informativo 526 do STJ. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822644/resumo-informativo-526-do-stj#:~:text=Na%20hip%C3%B3tese%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil,compensa%C3%A7%C3%A3o%20por%20dano%20moral%20coletivo.>>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>43</sup>CAVALCANTE, op. cit.



Paulo e a Cia do Metrô foram condenados a pagar 450 cestas básicas a entidades beneficentes, em decorrência de uma grave considerada abusiva que teria causado grande prejuízo social.

Diante de relevante discussão jurisprudencial, a doutrina, por meio do enunciado 456, da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ<sup>44</sup>, trouxe o conceito da expressão “dano”, constante no art. 944 do Código Civil de 2002<sup>45</sup>. O enunciado ratifica a existência de danos sociais e coletivos, ou seja, além dos danos individuais, materiais ou imateriais, há também danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, que tornam amplo o conceito de indenização, trazido pelo Código Civil<sup>46</sup>.

Flávio Tartuce<sup>47</sup> afirma que: “os danos sociais são difusos e a sua indenização deve ser destinada não para a vítima, mas sim para um fundo de proteção ao consumidor, ao meio ambiente etc., ou mesmo para uma instituição de caridade a critério do juiz.”

Nesta esteira, pode-se destacar que a própria Lei da ação civil pública<sup>48</sup>, trata da proteção ao consumidor, ao meio ambiente e a bens e direitos de valor artístico. Sendo, portanto, razoável que esse valor seja destinado a umas dessas causas.

Além disso, as futuras gerações vão experimentar esse dano por muitos anos. Isso torna mais relevante a condenação por danos sociais, tendo em vista que se trata de conduta muito reprovável, capaz de ensejar dano a um grande número de pessoas (dano social), como ocorreu em Brumadinho-MG.

Essa foi exatamente umas das justificativas do STJ<sup>49</sup> para imputar dano moral coletivo, qual seja: a presunção de dano moral coletivo sempre que se deparar com danos presumidos às presentes e às futuras gerações, como se deu no presente caso.

Cumprido afirmar que, o dano moral coletivo é capaz de atingir direitos da personalidade daquele grupo que sofreu o dano, que foi vítima daquele acidente. O direito ao trabalho, à moradia, à vida em sociedade e à segurança são direitos sociais, previstos na Lei Maior<sup>50</sup>, em seu art. 6º.

<sup>44</sup>BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 403*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>45</sup>BRASIL. *Lei n° 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>46</sup>Ibid.

<sup>47</sup>TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 58.

<sup>48</sup>BRASIL. *Lei n° 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>49</sup>MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *A reparabilidade do dano moral ambiental segundo a jurisprudência brasileira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-28/ambiente-juridico-reparabilidade-dano-moral-ambiental-brasil>>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>50</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

Nesse sentido, o STJ, no enunciado sumular de nº 629<sup>51</sup>, aduz que no caso de dano ambiental, o réu poderá ser condenado por obrigação de fazer ou à obrigação de não fazer cumulada com indenização.

Por fim, é importante ressaltar que, a população de Brumadinho ficou proibida de usufruir dos bens ambientais que existiam naquela localidade, bem como perderam o seu direito de extrair daquela atividade, que era ali realizada, o seu sustento. Esse microssistema de Direito Ambiental guarda relação com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III da CRFB/88<sup>52</sup>), pois nos casos em que não há vida (muitas mortes) e não há trabalho para um povo, sequer há dignidade. Esses foram os maiores desafios herdados pela população de Brumadinho: sobreviver sem a presença de seus entes queridos (mortos na tragédia) e lidar com a ausência do labor, que trazia o sustento daquelas famílias.

## CONCLUSÃO

Resta cristalino que, embora exista a responsabilidade civil por danos praticados contra o meio ambiente, não é suficiente para retornar ao *status quo ante*.

Ademais, no intuito de corroborar o entendimento constante neste artigo, cumpre salientar que: o direito fundamental ou metaprincípio da dignidade humana rege todo o ordenamento jurídico, e em especial, as relações ambientais. Busca-se a preservação do meio ambiente como forma de sadia qualidade de vidas das atuais e futuras gerações. Consagra-se assim o princípio intergeracional, que encontra respaldo no art. 225, caput da CF.

Além disso, por ser o meio ecológico um bem de uso comum do povo, deve se respeitar sua natureza igualitária ou isonômica. Isto é, todos têm o direito de livre acesso a um *habitat* saudável, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio.

Ainda, respeita-se no ordenamento jurídico pátrio, o chamado direito fundamental ambiental, que ratifica por completo este trabalho. O direito ambiental é cláusula pétrea, conforme se depreende do entendimento do art. 5º, §2º da CRFB/88.

Por fim, cumpre ressaltar que, os danos morais e sociais advindos da perda ecológica e coletiva trará o direito à indenização, decorrente da responsabilidade civil por dano ambiental. A função do dano social é punir o agente para que não cometa mais esse dano ambiental, ou seja, deverá servir como exemplo para que não ocorram novos danos ao meio ambiente. O dano coletivo se dá em razão do dano que atinge indistintas e invariáveis pessoas, como aconteceu

---

<sup>51</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 629*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas)>. Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>52</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.



em Brumadinho – MG. Além disso, ocorre também, nos casos em que não se pode computar o tamanho do dano à sociedade. Esse dano feriu o direito à vida das pessoas, da fauna e da flora. Tornou aquele *habitat* inabitável e matou as vidas humana e animal. Mas pior, dilacerou o sonho e o desejo de tantos de verem suas casas formadas e suas famílias reunidas e vivas, com o exercício de um trabalho digno para a sua sobrevivência.

Isso é o que se espera de um Estado Democrático de Direito: o acesso ao meio ambiente salutar, com a dignidade humana respeitada e a tutela dos direitos difusos enaltecida. Só será possível construir uma sociedade justa, se o aplicador da lei, em consonância com o Legislativo e o Executivo perceberem a real função do princípio da igualdade, para essas e para as vindouras gerações.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: LeBooks, 2019, [e-book].

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 403*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 08 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. IBGE. *Diagnóstico da qualidade ambiental da bacia do rio São Francisco: Sub-Bacias do Oeste Baiano e Sobradinho*. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv\\_83955.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv_83955.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)>. Acesso em: 8 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1305977-MG*. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudencia\\_mteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudencia_mteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1328753-MG*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet\\_do](http://www.stj.jus.br/internet_do)



cs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.366.331/RS*. Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/184882570/recurso-especial-resp-1366337-rs-2012-01324-65-9>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1114398-PR*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2014\\_234\\_capSegundaSecao.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2014_234_capSegundaSecao.pdf)>. Acesso em: 8 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1374284-MG*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27clas.+e+@num=%271374284%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271374284%27.Suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27clas.+e+@num=%271374284%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271374284%27.Suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 6 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1374284-MG*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27clas.+e+@num=%271374284%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271374284%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27clas.+e+@num=%271374284%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271374284%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 8 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 629*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas)>. Acesso em: 20 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível n° 1.0086.11.002445-1/004*. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?linhasPorPagina=10&paginaNumero=1&numeroUnico=1.0086.11.0024451/004&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BÜHRING, Marcia Andrea. *Responsabilidade civil ambiental*. Caxias do Sul: EducS, 2018, [e-book].

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/742141ceda6b8f6786609d31c8ef129f>>. Acesso em: 24 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Dano moral coletivo no direito ambiental*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8698ff92115213ab187d31d4ee5da8ea>>. Acesso em: 15 set. 2020.

EMAGIS. *Efeito cliquet: exemplos de sua aplicação*. Disponível em: <<https://www.emagis.com.br/area-gratuita/que-negocio-e-esse/efeito-cliquet-exemplos-de-sua-aplicacao/#:~:text=A%20Proibi%C3%A7%C3%A3o%20do%20Retrocesso%2C%20tamb%C3%A9m,%2C%20Inoc%C3%AANCIO%20M%C3%A1rtires%3B%20MENDES%2C%20Gilmar>>. Acesso em: 31 ago. 2020.



\_\_\_\_\_. *Empresa de mineração que deixou vaziar resíduos de lama tóxica*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/94e4451ad23909020c28b26ca3a13cb8>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. *Em regra, o autor pode ajuizar a ação popular no foro de seu domicílio, mesmo que o dano tenha ocorrido em outro local; contudo, diante das peculiaridades, as ações envolvendo o rompimento da barragem de Brumadinho devem ser julgadas pelo juízo do local do fato*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ef2ee09ea9551de88bc11fd7eaea93b0>>. Acesso em: 24 out. 2020.

FELLET, João; SOUZA, Felipe. *Brumadinho é maior acidente de trabalho já registrado no Brasil*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47012091#:~:text=O%20maior%20acidente%20de%20trabalho,e%20ferindo%20mais%20de%20cem.>>. Acesso em 18 ago. 2020.

GUEDES, Alessandro Marinho. *A legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública*. Disponível em: <<https://alessandromg.jusbrasil.com.br/artigos/611608510/a-legitimidade-do-ministerio-publico-para-propor-acao-civil-publica>>. Acesso em: 15 set. 2020.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *A reparabilidade do dano moral ambiental segundo a jurisprudência brasileira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-28/ambiente-juridico-reparabilidade-dano-moral-ambiental-brasil>>. Acesso em: 14 set. 2020.

MORE, Thomas. *Utopia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; WENZEL, Leticia Costa Mota. *O acidente em Brumadinho e alguns aspectos da tarifação do dano extrapatrimonial de seus empregados, dos empregados terceirizados e seus familiares*. Disponível em: <<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/671095441/o-acidente-em-brumadinho-e-alguns-aspectos-da-tarifacao-do-dano-extrapatrimonial-de-seus-empregados-dos-empregados-terceirizados-e-de-seus-familiares>>. Acesso em: 15 set. 2020.

PARACATU. *A justiça de Salomão*. Disponível em: <<https://paracatu.net/view/1990-a-justica-de-salo-mao>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

PLATON, Pedro. *Entenda a diferença entre Regra e Princípio: Segundo Robert Alexy*. Disponível em: <<https://pedroplaton.jusbrasil.com.br/artigos/579705916/entenda-a-diferenca-entre-regra-e-principio#:~:text=Para%20Alexy%2C%20princ%3ADpios%20s%3A3o%20normas%20que%20ordenam%20que,s%3A3o%20normas%20que%20podem%20ou%20n%3A3o%20ser%20cumpridas.>>. Acesso em: 08 set. 2020.

PRADO, Luiz Régis. *Direito penal do ambiente*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2019, [e-book].

PRAZERES, Leandro. *Após tragédia em Mariana, Vale reduziu em 44% os gastos em segurança*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas->



noticias/2019/02/01/tragedia-em-maria-na-vale-corta-gastos-seguranca.htm>. Acesso em: 08 set. 2020

RICCI, Larissa. *Justiça de Brumadinho condena Vale a pagar R\$ 12 milhões por quatro mortes*. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/09/19/interna\\_gerais,1086389/justica-de-brumadinho-condena-vale-a-pagar-r-12-milhoes-por-quatro-mo.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/09/19/interna_gerais,1086389/justica-de-brumadinho-condena-vale-a-pagar-r-12-milhoes-por-quatro-mo.shtml)>. Acesso em: 08 set. 2020.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TAKEDA, Tatiana de Oliveira. *Meio ambiente: Direito de terceira geração*. Disponível: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/meio-ambiente-direito-de-terceira-geracao/>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. São Paulo: Método, 2013,

\_\_\_\_\_. *Resumo. Informativo 526 do STJ*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822644/resumo-informativo-526-do-stj#:~:text=Na%20hip%C3%B3tese%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil,compensa%C3%A7%C3%A3o%20por%20dano%20moral%20coletivo.>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

TORRANO, Marco Antônio Valencio. *Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem?* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31948/quantas-dimensoes-ou-geracoes-dos-direitos-humanos-existem>>. Acesso em: 12 set. 2020.

TURCHETTI, Ana Clara. *Brumadinho foi desastre ou crime ambiental?* Disponível em: <<https://www.ombrelo.com.br/variedades/brumadinho-desastre-ou-crime-ambiental/>>. Acesso em: 8 jul. 2020.



## OS REFLEXOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Priscilla Carvalho Ribeiro Dantas

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. LL.M em Direito Empresarial pela Columbia Law School – NY. Advogada.

**Resumo** – em razão das alarmantes proporções da pandemia de Covid-19, diversos Estados brasileiros decretaram a quarentena e o isolamento social, resultando na suspensão das atividades econômicas, no fechamento de fronteiras e na proibição de aglomeração de pessoas, medidas essas que impactaram severamente a sociedade. O presente trabalho visa analisar o impacto da pandemia de Covid-19 nas relações contratuais, especialmente, no que toca a possibilidade de se invocar a extinção dos contratos ou sua revisão judicial. Por fim, discute-se a obrigatoriedade do dever de renegociar dos contratantes, antes de se ingressar com uma demanda judicial pleiteando a revisão ou resolução do contrato.

**Palavras-chave** – Direito Civil. COVID-19. Renegociação. Revisão Judicial. Resolução Contratual.

**Sumário** – Introdução. 1. Da impossibilidade de valoração do fato jurídico pandemia, de maneira abstrata, como evento de caso fortuito ou força maior. 2. Os reflexos da pandemia de Covid-19 no âmbito das relações contratuais privadas. 3. O dever de renegociar extrajudicialmente os contratos antes de qualquer iniciativa judicial. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute os impactos da pandemia de COVID-19 no âmbito das relações contratuais privadas, destacando-se a necessidade de renegociar extrajudicialmente os acordos antes de se invocar a revisão ou a resolução dos contratos na justiça.

O início do ano de 2020 foi marcado por uma pandemia de COVID-19 que surgiu em Wuhan, província de Hubei, localizada na parte central da China. Em 14 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS), em razão da alta contagiosidade do vírus e da sua rápida propagação, atingindo praticamente todos os continentes, declarou a doença como uma pandemia global.

A pandemia de COVID-19 influenciou não só a saúde das pessoas, como também o equilíbrio dos mercados em geral. Verificou-se, desde então, o desequilíbrio de cadeias de distribuições globais, a queda abrupta dos índices das bolsas de valores ao redor do mundo, a



diminuição significativa da demanda por bens de consumo e de produção, aumento de preços de produtos e serviços, impactando severamente a sociedade civil em todo o seu espectro de atuação, inclusive no âmbito das relações jurídicas contratuais.

No primeiro capítulo, busca-se sustentar que a pandemia de COVID-19, ao contrário do que muitos operadores do direito vêm defendendo, não pode ser considerada, genericamente, como caso fortuito ou força maior. A análise deve ser feita de forma casuística, de modo a evitar uma enxurrada de resoluções contratuais com fundamento abstrato no caso fortuito ou força maior, tendo em vista que, em tais hipóteses, o contratante não responde pelos prejuízos gerados. Nesse sentido, busca-se conceituar caso fortuito e força maior, bem como as consequências jurídicas advindas da aplicação desses institutos.

No segundo capítulo, abordam-se em detalhes os efeitos de se considerar a pandemia como: (i) evento que gera excessiva onerosidade nos contratos e (ii) evento gerador da ruína patrimonial do contratante. Discute-se a aplicação da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva em tempos de pandemia e suas consequências legais, quais sejam: (i) resolução do contrato; ou (ii) revisão do contrato. Dentro desse contexto, destaca-se a discussão doutrinária sobre a possibilidade de o devedor invocar a onerosidade excessiva para requerer revisão judicial do contrato, tendo em vista que o art. 478 do Código Civil apenas lhe concede a possibilidade de resolução contratual.

No terceiro capítulo, intenta-se defender a existência de elementos no Direito brasileiro que sustentam o dever de renegociar extrajudicialmente contratos em desequilíbrio, antes de qualquer iniciativa de se ingressar na justiça pedindo a revisão ou resolução do contrato. Por fim, consagra-se o dever de renegociar como instrumento útil para evitar uma enxurrada de ações judiciais que poderiam ter sido evitadas se as partes efetivamente tivessem colaborado entre si, a fim de solucionar o problema do desequilíbrio contratual superveniente.

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.

A abordagem do objeto da 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 IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DO FATO JURÍDICO PANDEMIA, DE MANEIRA ABSTRATA, COMO EVENTO DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR

A pandemia de Covid-19 tem gerado muitos casos de impossibilidade de cumprimento das obrigações contratuais em decorrência do momento desafiador que se instaurou com as medidas governamentais de quarentena, *lockdown*<sup>1</sup>, fechamento do comércio e proibição de aglomeração de pessoas. Nesse contexto, torna-se relevante tratar das hipóteses de revisão e resolução dos contratos, tendo em vista a deflagração de excessiva onerosidade nas relações contratuais e, em última instância, a impossibilidade absoluta de cumprimento das prestações contratuais em razão dos impactos da pandemia.

Diante de tal cenário, muitas partes contratantes têm invocado o caso fortuito e força maior, de maneira abstrata, como espécie de via salvadora para se esquivar de toda e qualquer obrigação contratual. A pandemia não pode servir como instrumento para que as partes possam se esquivar de relações contratuais pretéritas que se tornaram simplesmente desinteressantes.

Em razão da autonomia privada das partes, é possível que os contratantes estipulem no próprio acordo os eventos de caso fortuito ou força maior, seus efeitos e as consequências aplicáveis à relação contratual. Nessa hipótese, deverá prevalecer o que está previsto no contrato, desde que não ocorra o afastamento de nenhuma norma de ordem pública, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor.

A Lei nº 13.874/2019<sup>2</sup> buscou uma revalorização da autonomia privada, consagrando a liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas, tendo introduzido no Código Civil previsões como: (i) a do artigo 421-A, inciso II<sup>3</sup>, segundo o qual a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada e (ii) parágrafo 2 do art. 113<sup>4</sup> que autoriza as partes a livre pactuação de regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

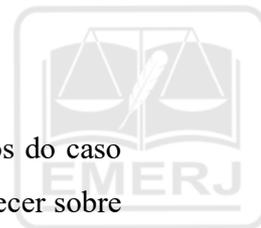
---

<sup>1</sup>Na prática, *'lockdown'* é uma palavra em inglês para se referir ao sistema de quarentena mais rígido. "O lockdown é a paralisação total, especialmente dos fluxos de deslocamento". TERRA. *Lockdown*: saiba o que significa e como funciona. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/coronavirus/lockdown-saiba-o-que-significa-e-como-funciona,cc664dd0c405596159a747530159e4dc1sf2i4i4.html>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

<sup>2</sup>BRASIL. *Lei nº 13.874*, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Atos2019-2022/2019/lei/L13874.htm>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

<sup>3</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

<sup>4</sup>Ibid.



Assim, se o contrato, celebrado de forma paritária e simétrica, regular os efeitos do caso fortuito ou força maior, com a alocação dos riscos, as regras consensuais devem prevalecer sobre as regras legais. Diante disso, nada impede que as partes estabeleçam que a indenização será devida em caso de inadimplemento, mesmo que provocado por caso fortuito ou força maior.

Entende-se por caso fortuito o evento totalmente imprevisível e, por isso, inevitável, decorrente de fato alheio à vontade das partes, cuja causa é desconhecida. A força maior, por sua vez, é o evento inevitável, ainda que previsível, cuja causa é conhecida, por se tratar de fato da natureza. Enquanto o caso fortuito representa fato ou ato estranho à vontade das partes (greve, guerra, pandemia), a força maior é expressão destinada a fenômenos naturais (raio, tempestade etc.). Ambos institutos encontram previsão legal no art. 393 do Código Civil<sup>5</sup>.

Em que pese alguns doutrinadores diferenciarem os institutos para fins didáticos, a doutrina majoritária atribui apenas um conceito ao caso fortuito e força maior. Segundo Pontes de Miranda<sup>6</sup>, a distinção entre força maior e o caso fortuito só teria de ser feita, só seria importante, se as regras jurídicas a respeito daquela e dessa fossem diferentes. As expressões caso fortuito e força maior caracterizam qualquer fato que o devedor não consiga evitar, traduzindo-se em causa de exclusão de responsabilidade.

De acordo com Washington de Barros Monteiro<sup>7</sup>, entre os requisitos necessários para a configuração do caso fortuito ou força maior destacam-se:

- [...] a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor (...). Se há culpa não há caso fortuito, e reciprocamente, se há caso fortuito, não pode haver culpa do devedor. Um exclui o outro. Por exemplo, um incêndio pode caracterizar o caso fortuito, mas se para ele concorreu com culpa o devedor, desaparece a força liberatória;
- b) o ato deve ser superveniente e inevitável. Nessas condições, se o contrato vem a ser celebrado durante uma guerra, não pode o devedor alegar depois as dificuldades oriundas dessa mesma guerra para furtar-se às suas obrigações;
- c) finalmente, o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano. Desde que não possa ser removido pela vontade do devedor, não há que se cogitar de culpa deste pela inexecução da obrigação [...].

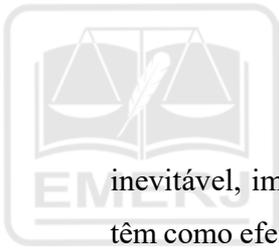
Na hipótese de a pandemia ser classificada como evento de caso fortuito ou força maior, verifica-se uma impossibilidade objetiva de cumprimento da obrigação, em razão de um fato

---

<sup>5</sup>Ibid.

<sup>6</sup>MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. V. 33. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p.78-79.

<sup>7</sup>MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 364.



inevitável, imprevisível e superveniente. Importante destacar que o caso fortuito e a força maior têm como efeito a completa impossibilidade de cumprimento da obrigação. Se for possível cumprir a obrigação, ainda que disso resulte excessiva onerosidade para o devedor, não haverá caso fortuito ou força maior.

Destaca-se que, se a impossibilidade de cumprimento da obrigação for parcial, ou seja, se for impossível o cumprimento de uma ou algumas obrigações secundárias de um complexo maior de obrigações, as obrigações principais deverão ser cumpridas.

Em se configurando hipótese de caso fortuito ou força maior, verifica-se uma excludente de responsabilidade civil, havendo o rompimento da relação de causalidade entre as condutas do devedor e o não cumprimento da obrigação, que afasta a responsabilidade pelo inadimplemento e exime o devedor de responder por prejuízos sofridos pelo credor. Nesse sentido, é possível concluir que um dos principais efeitos da aplicação do instituto do caso fortuito ou força maior é justamente a isenção de responsabilidade do devedor pelos prejuízos ocasionados.

Tendo em vista que o inadimplemento fortuito não ocasiona, via de regra, a responsabilidade do devedor, a valoração da pandemia, de forma abstrata, como evento de caso fortuito ou força maior pode se tornar um mecanismo perverso e incentivador de rompimentos contratuais. Em razão disso, especialmente em tempos de pandemia, o instituto do caso fortuito e da força maior deve ser usado com cautela, atendendo aos requisitos legais e parâmetros fixados pela jurisprudência.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup>, em julgado envolvendo o tema do caso fortuito, fixou o parâmetro da impossibilidade de identificação em abstrato do caso fortuito. Diante do cenário que se instaurou com a pandemia de Covid-19, torna-se necessária a utilização do referido parâmetro nas alegações de excludente de responsabilidade em virtude de rompimento contratual fundado em caso fortuito ou força maior.

Faz-se imprescindível uma análise à luz do caso concreto, para aferir a efetiva aplicabilidade ou não do instituto do caso fortuito ou força maior. No que diz respeito aos contratos atingidos pela pandemia de Covid-19, deve-se verificar, no caso concreto, se houve impossibilidade absoluta que afetou o cumprimento da obrigação, o que não se confunde com dificuldade ou onerosidade. Deverá ser levado em consideração se o acontecimento natural, ou fato de terceiro,

---

<sup>8</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1564705*. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1564705&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1564705&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

representou impedimento intransponível ao cumprimento da prestação.

## 2. OS REFLEXOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS PRIVADAS

Além da pandemia de Covid-19 poder ser considerada um evento de caso fortuito ou força maior, conforme visto no capítulo anterior, ela poderá ser classificada como: (i) evento gerador de excessiva onerosidade nos contratos; ou (ii) evento causador do desequilíbrio patrimonial de uma das partes contratantes, sendo certo que, para cada um desses cenários, a consequência jurídica será diferente.

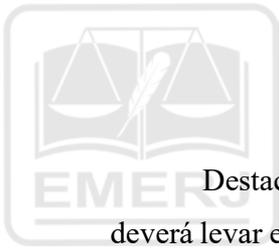
A onerosidade excessiva é verificada quando, em razão de acontecimento extraordinário e que era imprevisível no momento da formação do contrato, uma obrigação contratual se torna, no momento da execução, notadamente mais gravosa do que era quando foi prevista. A matéria é disciplinada nos artigos 317, 478 e subsequentes do Código Civil<sup>9</sup>.

Os requisitos para aplicação da onerosidade excessiva dividem-se em requisitos positivos e negativos. São considerados requisitos positivos para a aplicação da onerosidade excessiva: (i) contrato de execução continuada ou diferida; (ii) ocorrência de fato superveniente à celebração do contrato; (iii) o fato superveniente deve ser extraordinário e imprevisível; (iv) onerosidade excessiva da prestação para uma das partes e (v) extrema vantagem para a outra parte. Entre os requisitos negativos destacam-se: (i) prestação não pode já ter sido adimplida pelo devedor; (ii) ausência de mora do devedor e de relação entre a onerosidade e suas condutas; e (iii) onerosidade excessiva não pode decorrer da álea normal do contrato.

Nesse contexto, a parte contratante que sofreu abalo em razão da pandemia de Covid-19, desde que atendidos os requisitos acima expostos, poderá invocar a teoria da onerosidade excessiva para buscar a resolução ou revisão do contrato. Seria o caso, por exemplo, de fornecedor que se comprometeu a entregar mensalmente, pelo prazo de três anos, certos equipamentos para um hospital, mas que, em razão da pandemia, tais equipamentos passaram a custar dez vezes mais, de tal forma que, se o fornecedor cumprir o contrato, sua empresa quebrará, uma vez que o valor a ser recebido não paga os custos com o fornecimento. Esse fornecedor poderia invocar a teoria da onerosidade excessiva para buscar a revisão ou a resolução do contrato.

---

<sup>9</sup>BRASIL, op.cit., nota 3.



Destaca-se que a análise de valoração dos efeitos da pandemia nas relações contratuais deverá levar em consideração os riscos normais do negócio. Assim, existirão contratos que, mesmo com a elevada repercussão na equação econômico-financeira, não poderão ser revisados, pois os efeitos da pandemia restarão compreendidos dentro dos riscos normais do negócio.

Enquanto nos casos de onerosidade excessiva, a prestação ainda é, de certa forma, possível, tendo como consequência permitir a revisão ou a resolução do contrato; nos casos de força maior ou caso fortuito, a prestação se torna impossível, extinguindo-se a obrigação por impossibilidade.

No que tange às consequências jurídicas no caso de a pandemia ser classificada como evento gerador de onerosidade excessiva, destacam-se duas possibilidades: (i) revisão do contrato, na forma dos arts. 317, 479 e 480 do Código Civil<sup>10</sup> ou (ii) resolução do contrato, na forma do art. 478 do referido diploma legal<sup>11</sup>.

O art. 317 do Código Civil<sup>12</sup> consagra a teoria da imprevisão que permite ao contratante prejudicado pela onerosidade excessiva pedir a revisão da prestação excessiva, visando com isso preservar o sinalagma do contrato.

Outro caminho que se mostra possível para a parte prejudicada pela onerosidade excessiva é pedir a resolução do contrato na forma do art. 478 do Código Civil<sup>13</sup>.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>14</sup>:

[...] já a expressão “*Cláusula Rebus Sic Stantibus*” (...) acaba por se revelar uma aplicação dela (teoria da imprevisão), no reconhecimento pretoriano no sentido de que, em todo o contrato de prestações sucessivas, haverá sempre uma cláusula implícita de que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem (*rebus sic stantibus*) como eram no momento da celebração [...].

Existia no passado uma discussão sobre a possibilidade de o devedor invocar a onerosidade excessiva para requerer a revisão judicial, uma vez que o art. 478 do Código Civil<sup>15</sup> apenas trata expressamente da possibilidade de resolução contratual, nada falando sobre revisão. Contudo, essa discussão restou superada e, em virtude do princípio da conservação dos negócios jurídicos, pacificou-se o entendimento de que o devedor também pode requerer a revisão do contrato na

---

<sup>10</sup>Ibid.

<sup>11</sup>Ibid.

<sup>12</sup>Ibid.

<sup>13</sup>Ibid.

<sup>14</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria Geral*. 9. ed. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 313.

<sup>15</sup>BRASIL, op.cit., nota 3.

hipótese de onerosidade excessiva.

A parte que invocar a onerosidade excessiva não poderá, a seu exclusivo critério, eximir-se do cumprimento da obrigação, na esfera extrajudicial, ficando o reconhecimento da onerosidade excessiva condicionado a um pronunciamento judicial. O juiz ao buscar o reequilíbrio contratual deverá utilizar-se das técnicas de ponderação e aplicação do princípio da razoabilidade.

Por fim, destaca-se a hipótese de a pandemia de Covid-19 gerar um desgaste na esfera patrimonial do contratante, reduzindo sua capacidade de cumprir com as prestações assumidas no contrato, as quais não necessariamente tiveram seu equilíbrio atingido com a pandemia. Nessa hipótese não será possível aplicar a teoria da onerosidade excessiva uma vez que não restou caracterizado o desequilíbrio intrínseco do contrato, em que pese a ruína econômica do devedor. Em outras palavras, o remédio da excessiva onerosidade é para o contrato e não para o patrimônio do devedor<sup>16</sup>.

As medidas restritivas adotadas durante a pandemia, tais como, *lockdown*, fechamento do comércio e proibição de aglomeração de pessoas, acabaram por gerar um agravamento na situação patrimonial do contratante, comprometendo sua capacidade de cumprir com as prestações assumidas no contrato. Nesse cenário, muitas vezes, a pandemia acaba atingindo a esfera individual do contratante e não a relação jurídica contratual propriamente dita, não podendo a ruína patrimonial do contratante servir como justificativa para a aplicação da teoria da onerosidade excessiva.

Isso porque não há na legislação pátria nenhum dispositivo que permita a aplicação da teoria da onerosidade excessiva pelo simples fato de a situação patrimonial do contratante ter se deteriorado. A teoria da onerosidade excessiva deverá ser aplicada, quando atendidos os requisitos do art. 478 do Código Civil<sup>17</sup> e, desde que o fato extraordinário superveniente tenha um impacto econômico direto sobre as prestações devidas, ocasionando o desequilíbrio do contrato em si.

Assim, na hipótese de a pandemia gerar um desequilíbrio patrimonial decorrente de acontecimentos que atingem a esfera pessoal do contratante, mas que não fazem parte da alocação de riscos estabelecidas no contrato, o melhor caminho é buscar uma renegociação amigável do contrato, de forma a acomodar os interesses das partes.

---

<sup>16</sup>TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Pedro Antônio. *Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

<sup>17</sup>BRASIL, op.cit., nota 3.



### 3. O DEVER DE RENEGOCIAR EXTRAJUDICIALMENTE OS CONTRATOS ANTES DE QUALQUER INICIATIVA JUDICIAL

O dever de renegociação extrajudicial dos contratos já encontra previsão expressa em algumas normas internacionais, destacando-se, a título de exemplo, os arts. 6.2.1 a 6.2.3 do documento denominado Princípios UNIDROIT<sup>18</sup> (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado) que consagrou a cláusula de *hardship* (cláusula de renegociação) frequentemente utilizada nos contratos internacionais para ensejar a revisão contratual.

Nesse mesmo contexto, o art. 6:111 dos Princípios do Direito Contratual Europeu<sup>19</sup> prevê expressamente que, se a performance do contrato se tornar excessivamente onerosa por conta de mudança de circunstâncias, as partes estão obrigadas a entrar em negociações para adaptar o contrato ou resolvê-lo.

A cláusula de *hardship* é instrumento de conservação do negócio jurídico, uma vez que permite a revisão contratual em virtude de fatos supervenientes à celebração do contrato, que acabaram alterando, de forma relevante, a situação econômica a que as partes estavam sujeitas quando da celebração do contrato. Nesse contexto, verifica-se que crises econômicas podem ser utilizadas nos contratos internacionais como fator determinante para a revisão do contrato.

Sobre o tema leciona Gustavo Tepedino<sup>20</sup>:

[...] a cláusula de *hardship*, comum em contratos internacionais, propõe-se a lidar com o risco de eventos que afetem significativamente a economia contratual tomando a execução excessivamente onerosa para uma ou para ambas as partes. O remédio por essa cláusula proposto consiste em dever de renegociação do contrato sempre que sobrevier situação aflitiva e, no caso de impossibilidade de novo acordo, em revisão ou resolução por um árbitro [...].

A cláusula da *hardship* garante ao contratante em desvantagem o direito de pleitear a renegociação do contrato, desde que o faça sem atrasos indevidos e sempre indicando os

<sup>18</sup>UNIDROIT. *Article 6.2.1 (contract to be observed)*: Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1059-article-6-2-1-contract-to-be-observed>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

<sup>19</sup>COMMISSION OF EUROPEAN CONTRACT LAW. *Principles of European Contract Law*: PECL. Disponível em: <[https://www.trans-lex.org/400200/\\_pecl/](https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/)>. Acesso em: 10 jul 2020.

<sup>20</sup>TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do Direito Civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.136.

fundamentos desse desequilíbrio. É, portanto, uma norma que estimula o contratante a agir.

No Brasil, não há norma expressa que imponha o dever legal de renegociação. Em que pese a ausência de norma expressa sobre o tema, é crescente o entendimento capitaneado por Anderson Schreiber<sup>21</sup>, que defendeu, em sua obra *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*, a existência de um dever legal de renegociação contratual nas hipóteses em que se verificar o desequilíbrio econômico do contrato, com fundamento na boa-fé objetiva prevista no art. 422 do Código Civil<sup>22</sup>. De acordo com tal dispositivo, os contratantes são obrigados a guardar, tanto na execução do contrato, quanto em sua conclusão, os princípios da probidade e da boa-fé. Esse imperativo de lealdade e confiança recíproca que a boa-fé impõe exige que os contratantes ingressem em renegociações para tentar uma solução extrajudicial que onere menos a contraparte.

A respeito do tema, cita-se Nelson Nery Júnior<sup>23</sup>, que sustenta:

[...] é justamente como expressão dessa eficácia integrativa da boa-fé que surge o dever (obrigação ex lege) de renegociação contratual, consubstanciando-se a readequação do contrato (adequamento) como verdadeiro princípio geral dos contratos de execução diferida ou de longa duração, de tal sorte que a fonte primeira do dever de renegociação contratual é a própria lei (as obrigações devem ser executadas de boa-fé), daí falar-se em obrigação legal de renegociar (dever de renegociação) [...].

Destaca-se que o dever de renegociar não é um dever que visa alcançar um resultado certo, ou seja, não se trata de um dever de aceitar integralmente as condições propostas pela outra parte, mas sim de um dever de manter um diálogo verdadeiro e conduzir uma tentativa séria de renegociação, que pode ou não dar certo. Trata-se de uma obrigação de meio (tentar negociar) e não de resultado (concluir a negociação).

O dever de renegociar é um dever relacionado ao comportamento das partes, é um dever atrelado à conduta, consubstanciando-se no dever de ingressar de boa-fé e de modo transparente em uma renegociação, que pode ou não ser bem-sucedida.

A renegociação deve ocorrer de forma séria, com partes verdadeiramente empenhadas na solução do desequilíbrio, não sendo suficiente uma simples proposta genérica de revisão contratual, nem tampouco uma negativa vazia. A transparência e a solidariedade são essenciais para a efetividade do dever legal de renegociar.

---

<sup>21</sup>SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

<sup>22</sup>BRASIL, op.cit., nota 3.

<sup>23</sup>NERY JUNIOR, Nelson; RODOVALHO, Thiago. Renegociação contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 906, p. 113-156, abr. 2011.



O dever de renegociar impõe, de um lado, que o contratante que sofre o desequilíbrio contratual comunique prontamente à contraparte acerca da existência do desequilíbrio contratual e, de outro lado, impõe que o contratante que se beneficia do desequilíbrio contratual analise com seriedade e de forma transparente a situação, respondendo tempestivamente, fazendo uma contraproposta e, sendo o caso, justificando fundamentadamente a sua recusa. Objetiva-se com isso que os contratantes cheguem a uma adaptação extrajudicial do contrato, sem que seja necessário recorrer ao juízo.

A violação do dever de renegociar ocorrerá quando a parte simplesmente se omite em relação à tentativa de renegociação, ou ainda, quando a parte, agindo de forma maliciosa, vale-se da renegociação apenas para protelar o cumprimento de suas obrigações contratuais. Nesse contexto, defende-se que a violação do dever de renegociar configura abuso do direito, sendo cabível à parte que não cooperou ser responsabilizada por perdas e danos sofridos pela parte prejudicada com seu comportamento abusivo.

O dever legal de renegociar consagra que a intervenção judicial no contrato deverá ocorrer somente se os objetivos da renegociação contratual não forem alcançados ou se o dever de renegociação não for cumprido. Em que pese esse posicionamento, prevalece na doutrina o entendimento de que, mesmo que a parte não renegocie extrajudicialmente o contrato, a discussão poderá chegar ao Poder Judiciário em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Nessa hipótese, o juiz deverá priorizar a tentativa de revisão judicial do contrato, diante do princípio da conservação dos negócios jurídicos, ou, sendo inviável, como medida extrema, determinar a resolução do contrato.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho constatou que a pandemia de Covid-19 gerou impactos nos mais diversos setores da sociedade, tendo afetado, inclusive, as relações contratuais privadas.

Fruto das reflexões desenvolvidas no decorrer da pesquisa, foi possível concluir que as partes contratuais não podem invocar o caso fortuito e força maior, de maneira abstrata, como justificativa para se esquivar de obrigações contratuais que se tornaram desinteressantes durante a pandemia.

Nesse sentido, o processo interpretativo dos efeitos provocados pelo novo coronavírus às



relações contratuais não conduz a um único resultado. A depender do caso concreto, a pandemia poderá ter como efeitos: (i) provocar a impossibilidade absoluta do cumprimento da obrigação, hipótese em que se resolverá o contrato; (ii) provocar a impossibilidade parcial do cumprimento da obrigação, hipótese em que as obrigações passíveis de cumprimento deverão ser adimplidas; (iii) tornar extremamente oneroso ao devedor o cumprimento da obrigação, de modo a justificar a revisão ou resolução contratual; (iv) suspender temporariamente a execução do objeto da contratação, postergando o cumprimento da prestação para um outro momento; ou (v) ocasionar o desgaste na esfera patrimonial do contratante, sem que se tenha um impacto direto na relação jurídica contratual, hipótese em que uma renegociação amigável do contrato será o melhor caminho. Ao intérprete da lei caberá analisar cada uma dessas hipóteses, aplicando o adequado instituto de direito privado ao caso concreto.

Destacou-se, ainda, no terceiro capítulo, o dever de renegociar extrajudicialmente os contratos como instrumento útil para se evitar uma enxurrada de ações judiciais que poderiam ser evitadas se as partes efetivamente tivessem colaborado entre si para solucionar o problema do desequilíbrio contratual superveniente.

Uma solução inteligente do ponto de vista jurídico para a crise instaurada com a pandemia consistiria na elaboração de uma lei federal temporária tratando o dever de renegociar como condição de procedibilidade de ações de revisão ou resolução contratual.

Por fim, tendo em vista que a pandemia de Covid-19 tornou mais difícil o cumprimento de vários contratos e, levando-se em consideração que o Poder Judiciário sofreu restrições em seu funcionamento durante a pandemia, as partes deverão buscar soluções alternativas de conflito de forma a preservar a manutenção dos contratos celebrados, devendo o Poder Judiciário ser acionado quando as soluções alternativas de conflitos não forem bem sucedidas.

## REFERÊNCIAS

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *Revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 443 da V Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/356>>. Acesso em: 13 jul. 2020.



\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.874*, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1564705*. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1564705&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1564705&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR)>. Acesso em: 15 mai. 2020.

COMMISSION OF EUROPEAN CONTRACT LAW. *Principles of European Contract Law: PECL*. Disponível em: <[https://www.trans-lex.org/400200/\\_pecl/](https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/)>. Acesso em: 10 jul 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria Geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MONTEIRO, Carlos Edison Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e Responsabilidade Civil: Impactos Contratuais e Extracontratuais*. São Paulo: Foco, 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

NERY JUNIOR, Nelson; RODOVALHO, Thiago. Renegociação contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 906, p. 113-156, abr. 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Devagar com o andar: coronavírus e contratos – Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar qualquer medida terminativa ou revisional*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

\_\_\_\_\_. *O coronavírus e os contratos: extinção, revisão e conservação – boa-fé, bom senso e solidariedade*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322919/o-coronavirus-e-os-contratos-extincao-revisao-e-conservacao-boa-fe-bomsenso-esolidariedade>>. Acesso em: 05 ago. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Pedro Antônio. *Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais>>. Acesso em: 13 abr. 2020.



\_\_\_\_\_; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do Direito Civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

UNIDROIT. *Article 6.2.1 (contract to be observed)*: Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1059-article-6-2-1-contract-to-be-observed>>. Acesso em: 10 jul. 2020.



## UMA ANÁLISE CRÍTICA AO SISTEMA DE PREVENÇÃO À INSOLVÊNCIA DO PL Nº 1.397/2020

Rachel Lazary Serour

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada.

**Resumo** – a crise econômico-financeira é uma realidade que assola a atividade empresária no Brasil. Os meios de recuperação judiciais e extrajudiciais foram mecanismos criados pelo legislador na Lei nº 11.101/05 para substituir o antigo processo de concordata, mas pouco eficazes para o enfrentamento célere da crise econômica em razão da covid-19. O PL nº 1.397/2020 foi editado com o objetivo de combater a iminente crise econômica, por meio da criação do Sistema de Prevenção à Insolvência, um modelo transitório e emergencial de prevenção de crise. A essência do presente trabalho é demonstrar que o PL nº 1.397/2020 não foi exitoso na tentativa de inclusão de instrumentos do Direito francês no ordenamento jurídico nacional e, tampouco, de combater a crise econômica decorrência da pandemia de covid-19.

**Palavras-chave** – Direito Empresarial. Sistema de Prevenção à Insolvência. PL nº 1.397/2020. Insolvência.

**Sumário** – Introdução. 1. A ineficácia dos mecanismos de recuperação de empresas vigentes no Brasil para o enfrentamento à crise econômica em razão da covid-19 2. A relevância do Sistema de Prevenção à Insolvência previsto no PL nº 1.397/2020 3. Os reflexos da crise econômico-financeira em razão da covid-19 e a necessária reforma da Lei nº 11.101/05. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a temática do Sistema de Prevenção à Insolvência previsto no Projeto de Lei nº 1.397/2020. A pesquisa analisa a ineficácia dos meios de recuperação de empresas vigentes no Brasil para o enfrentamento à crise econômica em razão da covid-19 e a nova ótica dos mecanismos de prevenção à crise.

Procura-se demonstrar a importância da atualização da Lei nº 11.101/05, que rege o sistema de insolvência nacional, em especial, quanto à análise da possibilidade de prevenção e superação da crise da empresa no cenário de crise atual.

Apenas no século XX, após duas guerras mundiais, crises econômico-financeiras, o início da globalização e muitas mudanças culturais, sociais, ideológicas e políticas, há uma importante mudança de paradigma no que tange ao instituto da falência. A partir de tal período, o enfoque da responsabilidade patrimonial migra da figura do devedor para as consequências sociais e econômicas advindas da sua inadimplência.



Assim, a partir da ideia da manutenção de um Estado econômico saudável, é editada no Brasil a Lei nº 11.101/2005, que prevê os procedimentos da Recuperação Judicial e Extrajudicial da empresa. O diploma legal brasileiro foi formulado a partir de estudos sobre os sistemas de insolvência na América Latina e passa a observar, em especial, o princípio da preservação da empresa, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

Nesse sentido, o Direito Falimentar passa a enaltecer a viabilidade da empresa para promover sua recuperação e a falência, *per si*, torna-se um procedimento residual voltado às atividades empresárias consideradas inviáveis. Destaca-se o art. 53, II, da Lei nº 11.101/05, que prevê expressamente a demonstração da viabilidade econômica no plano de recuperação a ser apresentado.

Assim sendo, em virtude do atual reconhecimento do estado de calamidade pública em razão da pandemia causada pelo covid-19, o princípio da viabilidade econômica da empresa alcança novo patamar. Neste contexto, é criado o inédito Sistema de Prevenção à Insolvência, que dá novo aspecto ao princípio da viabilidade da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O primeiro capítulo do presente trabalho inicia-se conceituando os principais institutos do Direito falimentar e aborda a questão da ineficácia dos mecanismos de recuperação de empresas vigentes no Brasil para o enfrentamento à crise econômica em razão da covid-19.

O segundo capítulo aponta a relevância do Sistema de Prevenção à Insolvência previsto no PL nº 1.397/2020 para o aperfeiçoamento do sistema de insolvência e a possibilidade de manutenção mesmo quando superado o período de recessão econômica. O capítulo analisa ainda a nova ótica dos princípios da viabilidade da preservação da empresa, a função social e o estímulo à atividade empresarial em meio à grave crise econômica mundial e aos novos protocolos de saúde.

O terceiro capítulo expõe os amplos reflexos da crise econômico-financeira em razão da Covid-19 no Direito Falimentar e a possibilidade de inclusão do Sistema de Prevenção à Insolvência na Lei nº 11.101/05. O capítulo também trata sobre a morosidade do processo legislativo na aprovação do Projeto de Lei nº 1.397/2020 ante à urgência de incentivos legislativos para empresas em crise.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, em que a pesquisadora tem por objetivo adotar um conjunto de proposições hipotéticas para analisar o objeto da presente pesquisa e assim comprová-las ou rejeitá-las no campo da argumentação.



Para isso, o objeto desta pesquisa jurídica é abordado de maneira qualitativa, valendo-se da bibliografia pertinente à temática do panorama da empresa em crise no Brasil e o princípio da viabilidade econômica em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar sua tese.

## 1. A INEFICÁCIA DOS MECANISMOS DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS VIGENTES NO BRASIL PARA O ENFRENTAMENTO À CRISE ECONÔMICA EM RAZÃO DA COVID-19

Neste primeiro capítulo, inicialmente, faz-se necessária a breve exposição dos principais institutos de recuperação de empresas previstos no ordenamento jurídico brasileiro para demonstrar a inaptidão dos sistemas vigentes para o enfrentamento à crise econômica em razão da Covid-19. Assim, passa-se à conceituação do instituto da falência, da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial.

Falência é o termo adotado para traduzir o reconhecimento jurídico da inviabilidade da empresa<sup>1</sup>, o que compreende a sociedade empresária e o empresário. Trata-se do estado de insolvência ou de crise econômico-financeira incurável que impossibilita a recuperação da empresa.

A falência pode ser entendida como a etapa final da empresa em estágio terminal de insolvência, quando há um estado de completa inviabilidade da preservação da empresa e, na maioria dos casos, irreversível e inevitável. Hodiernamente, a falência é a falta de bens do empresário devedor suficientes para satisfazer suas dívidas.

A atividade empresarial é como um rio em movimento, durante seu curso, encontra pedras, corredeiras, obstáculos e, por vezes, uma queda livre ao final. O sujeito que exerce tal atividade se depara com mudanças econômicas, sociais, legais, tecnológicas, culturais, entre outras, que podem resultar no desequilíbrio acentuado do seu patrimônio.

Assim, o instituto da falência revela-se como uma cadeia de atos ou fatos<sup>2</sup> que exteriorizam tal desequilíbrio patrimonial, trazendo normas capazes de disciplinar e até de solucionar a situação crítica do empresário devedor. O ordenamento nacional vigente propõe

<sup>1</sup>FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 193.

<sup>2</sup>CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 4.

ao empresário apenas duas opções<sup>3</sup>: liquidar o negócio ou proporcionar sua recuperação judicial ou extrajudicial.

Para melhor compreensão do instituto da falência, impõe-se uma breve reflexão no que se refere à sua natureza jurídica, eis que é, por si só, um instituto complexo que permeia características tanto de direito material quanto processual.

Para Campinho<sup>4</sup>, que adota a posição capitaneada por Carvalho de Mendonça, o instituto da falência não é restrito ao segmento do Direito Comercial, eis que permeia o direito público, civil, internacional público e privado, direito penal, processual e dentro de cada, apresenta regras e ensinamentos próprios. Logo, para o autor, a discussão é meramente inócua e acadêmica.

Na falência coexistem normas de naturezas distintas, sem que prevaleçam as materiais ou as processuais. Como exemplo de normas de caráter material, destacam-se os artigos 117 e 118 da Lei nº 11.101/05<sup>5</sup>, que tratam dos contratos bilaterais e unilaterais e os efeitos da falência sobre eles. No que tange às normas processuais, Campinho<sup>6</sup> destaca os artigos 97 e 98 da Lei de Falência<sup>7</sup>, que elencam os legitimados ativos para requerer a falência.

Diante de tais exemplos é possível compreender a natureza jurídica da falência como híbrida ou complexa. No regramento próprio da falência, a Lei nº 11.101/05<sup>8</sup>, é possível perceber a existência de normas de naturezas distintas, mas tal coexistência não significa a necessidade de enquadrar a natureza jurídica da falência em material ou formal.

A recuperação judicial, introduzida no ordenamento jurídico nacional pela Lei nº 11.101/05<sup>9</sup>, substituiu a denominada concordata, que era prevista no Decreto-Lei nº 7.661/45<sup>10</sup>. Há crítica<sup>11</sup> no sentido de que a concordata interessava somente aos credores quirografários e ao devedor, tratando-se de mera garantia aos créditos eis que ainda não se vislumbrava a ideia de preservação da empresa.

O conceito de recuperação judicial é mais abrangente que o da concordata, eis que o Direito comercial passa a observar com maior atenção o saneamento da crise econômico-

<sup>3</sup>REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 6.

<sup>4</sup>CAMPINHO, op. cit., p. 8

<sup>5</sup>BRASIL. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)> Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>6</sup>CAMPINHO, op. cit., p. 8.

<sup>7</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>8</sup>Ibid.

<sup>9</sup>Ibid.

<sup>10</sup>BRASIL. *Decreto-Lei nº 7.661*, de 21 de junho de 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del7661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm)> Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>11</sup>FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p. 121.



financeira da empresa<sup>12</sup>. Há o surgimento da ideia de conservação de empregos e da fonte produtora, em observância à função social da empresa.

O objetivo da recuperação judicial, previsto no art. 47 da Lei nº 11.101/05<sup>13</sup>, é traduzido na ideia de “viabilizar a superação da situação de crise econômico financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. Conforme destaca Fazzio Júnior<sup>14</sup>, há um esforço para maximizar as possibilidades dos credores em uma recuperação judicial em detrimento de uma falência do devedor, protegendo também a viabilização da empresa devedora para que se mantenham os empregos e a produtividade.

No que tange à natureza jurídica da Recuperação Judicial, a Lei nº 11.101/05<sup>15</sup> a trata como ação. Neste sentido, sustenta Fazzio Júnior<sup>16</sup>, que se trata de pretensão que tem por objetivo “sanear a situação gerada pela crise econômico-financeira da empresa devedora”, atentando aos aspectos da função social da empresa.

Por outro lado, há crítica<sup>17</sup> no sentido de que a recuperação judicial, apesar das regras previstas na Lei nº 11.101/05, não possui natureza de ação, eis que não há citação, lide, produção de provas ou audiência de conciliação ou instrução de julgamento.

Outra corrente<sup>18</sup> defende a natureza contratual da recuperação judicial, eis que se trata de negócio jurídico de natureza privada celebrado perante o Poder Judiciário. Para os defensores desta corrente, a recuperação judicial é uma espécie de acordo entre credores e empresa devedora que é submetido à chancela jurisdicional.

Também há crítica<sup>19</sup> à esta corrente, eis que por vezes a recuperação corre mesmo quando há credores ausentes, ou seja, sem que participem da relação e sem que manifestem vontade. Jorge Lobo<sup>20</sup> sustenta que na hipótese de credores ausentes não há acordo de vontades, aponta também a ideia da recuperação judicial representar renovação de obrigações de credores e a possibilidade de suspensão de ações e execuções em curso, o que afasta por completo a ideia da natureza de contrato privado. O autor ainda suscita que a recuperação

---

<sup>12</sup>Ibid.

<sup>13</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>14</sup>FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p. 122.

<sup>15</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>16</sup>FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p. 122.

<sup>17</sup>TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. 5. ed. V. 3. São Paulo: Atlas, 2017, p. 100.

<sup>18</sup>Ibid.

<sup>19</sup>Ibid.

<sup>20</sup>LOBO, Jorge apud OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 22.



judicial pode ser concedida mesmo que não aprovada por completo, fato que também vai de encontro à noção de acordo privado.

Uma terceira corrente<sup>21</sup> aborda uma visão dicotômica da recuperação judicial, eis que há duas modalidades de concessão pelo magistrado. A primeira possibilidade de concessão se dá na forma que prevê o art. 45, da Lei nº 11.101/05<sup>22</sup>, ou seja, a partir da aprovação de credores nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial. Neste caso, entende-se que a natureza da recuperação judicial é contratual, eis que há expressa manifestação de vontades.

A segunda hipótese de concessão de recuperação judicial encontra-se no art. 58, §1º da Lei nº 11.101/05<sup>23</sup> e se dá quando o magistrado pode conceder a recuperação judicial ainda que o plano não tenha obtido aprovação, desde que atendidos os requisitos previstos no dispositivo legal. Neste caso, a recuperação teria natureza mandamental. Ressalte-se que Tomazzete<sup>24</sup> critica tal entendimento, para o autor ainda assim haveria natureza contratual por se exigir a anuência da maioria de credores.

A recuperação extrajudicial foi introduzida pela Lei nº 11.101/05<sup>25</sup> como inédita no ordenamento jurídico nacional, pois ia de encontro à regra obsoleta do art. 2º, III, do Decreto-lei nº 7.661/1945<sup>26</sup>, que punia o devedor que convocava extrajudicialmente credores para propor dilação, remissão ou cessão de bens<sup>27</sup>. O sistema da recuperação extrajudicial representou uma quebra de paradigma ao Direito falimentar, conforme define Alegria<sup>28</sup>:

[...] um procedimento alternativo para a prevenção da quebra nas crises empresariais, que tem como peculiaridade a gestão privada dos acordos, com previsão de um processo regrado na etapa judicial final, a exigência da concordância de maiorias de credores, a liberdade de conteúdo, a publicidade para terceiros interessados, um procedimento de oposição com causalidade limitada e, finalmente, a homologação judicial que lhe outorga efeitos em face de uma eventual quebra posterior [...].

A Lei nº 11.101/05<sup>29</sup> passou a prever a possibilidade de realização de acordos privados, conferindo maior liberdade entre devedor e credores, sem a necessidade do impulso estatal. No entanto, há de se ressaltar que a tutela jurisdicional não é totalmente afastada, eis

---

<sup>21</sup>TOMAZETTE, op. cit., p. 100.

<sup>22</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>23</sup>Ibid.

<sup>24</sup>TOMAZETTE, op. cit., p. 100.

<sup>25</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>26</sup>BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>27</sup>TOMAZETTE, op. cit., p. 852.

<sup>28</sup>ALEGRIA apud FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p. 112.

<sup>29</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.



que a repactuação, que consiste no plano de recuperação extrajudicial, prescinde de homologação judicial.

A Lei nº 11.101/05<sup>30</sup> de fato trouxe inovações significativas ao sistema falimentar anteriormente vigente no Brasil, mas, após a crise econômico-financeira em razão da pandemia causada pelo covid-19, tornou-se evidente a premente necessidade de alterações legislativas. As alterações são necessárias e urgentes para ampliar a incidência da legislação falimentar e recuperacional, bem como possibilitar a prevenção da situação de crise.

No ordenamento jurídico nacional vigente não há a previsão de proteção de outros agentes além dos elencados no art. 1º, Lei nº 11.101/05<sup>31</sup>, que são o empresário e a sociedade empresária. O estrito rol não abarca diversos agentes econômicos que podem vir a sofrer com a crise econômico-financeira em razão da covid-19 e que não podem valer-se dos institutos previstos na legislação nacional.

Diante de tal limitação, o Projeto de Lei nº 1.397/2020<sup>32</sup>, que tramitava perante o Senado Federal, alargou o rol dos agentes econômicos para incluir a pessoa jurídica de direito privado, o empresário individual, o produtor rural e o profissional autônomo que exerça regularmente suas atividades. Tal alargamento representaria a incidência da legislação para beneficiar aqueles mais atingidos pela crise e com menos condições econômicas para superação da situação de crise.

Diante da situação de crise econômica futura e previsível, é fundamental que sejam instituídas fases anteriores ao pedido de recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou falência, para evitar as situações de insolvência. No entanto, não vigora no ordenamento jurídico brasileiro qualquer medida de prevenção ou antecipação da crise.

Isto posto, os mecanismos de recuperação de empresas, previstos na Lei nº 11.101/05 demonstram-se ineficazes para o enfrentamento à crise econômica causada pela pandemia da covid-19. A legislação vigente é desatualizada, visto que não abarca todos os agentes afetados pela crise econômico-financeira e tampouco prevê mecanismos de prevenção à crise da empresa.

---

<sup>30</sup>Ibid.

<sup>31</sup>Ibid.

<sup>32</sup>BRASIL. *Projeto de Lei nº 1.397*, de 2020. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1872397&filename=PL+1397/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872397&filename=PL+1397/2020)> Acesso em: 13 ago. 2020.

## 2. A RELEVÂNCIA DO SISTEMA DE PREVENÇÃO À INSOLVÊNCIA PREVISTO NO PL 1.397/2020

Com os avanços tecnológicos que permitem a propagação da informação em tempo real, o mercado econômico passou a apresentar reações quase instantâneas aos acontecimentos notórios. Assim, destaca-se a essencialidade da constante edição e atualização de normas legais para acompanhar tais mudanças e minimizar impactos na economia nacional.

No Brasil, a pandemia causada pelo covid-19 obrigou governos locais a adotarem drásticas medidas sanitárias, como o fechamento de estabelecimentos comerciais dos mais diversificados segmentos para evitar o contágio da doença. Alguns Estados do país restringiram inclusive o funcionamento do comércio, de indústrias e a atividade de prestadores de serviços.

Tais medidas, por sua vez, significaram severa retratação econômica eis que afetaram profundamente muitos segmentos que sequer possuem previsão de retomada. Neste cenário, o sistema de insolvência adota um novo papel, eis que a atividade empresarial como um todo foi atingida e busca uma solução para a superação da crise.

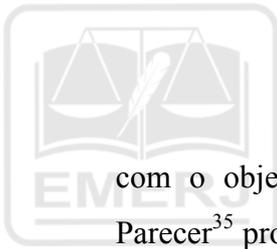
Cabe destacar que no Brasil, a forma mais corriqueira para a tentativa de alcançar a superação de crise econômico-financeira é a recuperação judicial que, do ponto de vista processual<sup>33</sup>, é a medida que se implementa pelo devedor, por intermédio de ação judicial. Para tanto, Fazzio Júnior<sup>34</sup> aponta como fundamental a análise das seguintes premissas básicas: “(1) até que ponto a subsistência de determinada empresa em crise financeira é a melhor solução?; (2) vale a pena envidar esforços e impor sacrifícios para recuperar determinada empresa?”.

As respostas de tais quesitos são fundamentais para a análise prévia da viabilidade da preservação da empresa e da probabilidade de recuperação. Por vezes, por mais drástico que pareça, a melhor solução para credores e empresa é que se declare desde logo a falência ou o encerramento de suas atividades, evitando-se a acumulação de novas dívidas e um longo e desgastante procedimento de recuperação judicial dispendioso e fadado, inevitavelmente, à declaração de falência ao final.

A crise econômico-financeira em razão da covid-19 foi considerada previsível, tanto que parlamentares rapidamente elaboraram projetos de lei para instituir medidas emergenciais

<sup>33</sup>CAMPINHO, op. cit., p. 11.

<sup>34</sup>FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p. 136.



com o objetivo de minimizar os impactos na economia nacional. Conforme destaca o Parecer<sup>35</sup> proferido em plenário ao PL nº 1.397, de 2020, é fundamental a criação de medidas emergenciais com escopo de prevenir a situação de crise e preservar atividades econômicas, resguardando os princípios insculpidos no art. 47 da Lei de Falência<sup>36</sup>.

Diante deste cenário, foram apresentadas propostas legislativas da criação de cinco regimes jurídicos transitórios para o enfrentamento à crise econômica<sup>37</sup> que propõem uma simplificação do sistema de insolvência, que abarcam um maior número de beneficiários e ampliam as alternativas previstas na legislação vigente. Destacam-se dentre tais propostas, a suspensão legal e a negociação preventiva que têm por objetivo proteger a fase de pré-insolvência.

Conforme destaca o Parecer proferido em plenário ao PL nº 1.397<sup>38</sup>, de 2020, o sistema de negociação preventiva tem por fonte o Direito comparado, qual seja, o sistema francês de prevenção e antecipação da crise da empresa. Tal sistema é considerado exitoso em seu país e dispõe, especialmente, sobre regimes de reestruturação preventiva.

O projeto busca a implementação transitória de regimes de reestruturação preventiva, perdão de dívidas, inibições e implementação de medidas voltadas para o aumento da eficiência nos processos de reestruturação e renegociação de dívidas. Destaca-se que os agentes econômicos beneficiários de tal regime<sup>39</sup> são geradores de mais de 80% dos empregos na economia nacional.

O PL nº 1.397<sup>40</sup>, de 2020, propõe a introdução temporária no ordenamento jurídico nacional do inédito Sistema de Prevenção à Insolvência, que traz nova ótica ao princípio da viabilidade da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Trata-se de sistema a fornecer mecanismos voltados para prevenir crises futuras e evitar a aplicação da Lei nº 11.101/05<sup>41</sup>.

Dentro do contexto do Sistema de Prevenção à Insolvência, o Capítulo I do PL nº 1.397<sup>42</sup>, de 2020 traz rol dos beneficiários do programa, que define como agentes econômicos a pessoa jurídica de direito privado, o empresário individual, o produtor rural e o profissional

<sup>35</sup>BRASIL. *Parecer proferido em plenário ao PL nº 1.397, de 2020*. Disponível em: < [https://www.camar.a.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1872397&filename=PL\\_+1397/2020](https://www.camar.a.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872397&filename=PL_+1397/2020)>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>36</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>37</sup>SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Pandemia, crise econômica e Lei de Insolvência*. 1. ed. Porto Alegre: Buqui, 2020. p. 89.

<sup>38</sup>BRASIL, op. cit., nota 34.

<sup>39</sup>Ibid.

<sup>40</sup>BRASIL, op. cit., nota 31.

<sup>41</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>42</sup>BRASIL, op. cit., nota 31.



autônomo que exerça regularmente suas atividades. Tal rol é mais abrangente do que o previsto no art. 1º da Lei nº 11.101/05<sup>43</sup>.

O Sistema de Prevenção à Insolvência apresenta duas principais medidas: a suspensão legal e a negociação preventiva. As medidas devem vigor a partir da aprovação do PL nº 1.397, de 2020<sup>44</sup> até 31 de dezembro de 2020, prazo previsto no Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020<sup>45</sup>, que reconhece o estado de calamidade pública em razão da covid-19.

Nos termos do art. 5º, do PL nº 1.397/2020<sup>46</sup> suspensão legal significa a vedação por 30 (trinta) dias dos seguintes atos: “realização de execução judicial ou extrajudicial das garantias reais, fiduciárias, fidejussórias e de coobrigações; decretação de falência e a rescisão unilateral de contratos bilaterais”.

A medida prevê ainda, nos termos do art. 3º, §1º, PL nº 1.397/2020<sup>47</sup>, durante o prazo de 30 (trinta) dias, a suspensão das ações judiciais executivas que versem sobre dívidas vencidas após a data de 20 de março de 2020, nos termos do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020<sup>48</sup>. Neste período também ficam afastadas as incidências de multas de mora previstas em contratos em geral e que decorrem de inadimplemento de obrigações tributárias.

A suspensão legal tem por fito<sup>49</sup> dar alívio aos agentes econômicos afetados pelas paralisações em decorrência da covid-19. O instituto opera-se de forma automática, ou seja, sendo necessário apenas que o beneficiário esteja enquadrado como agente econômico, nos termos que prevê o art. 2º, §1º, do PL nº 1.397/2020<sup>50</sup>.

A negociação preventiva, prevista no art. 6º, do PL nº 1.392/2020<sup>51</sup>, tem por escopo permitir o ajuizamento do procedimento de jurisdição voluntária dentro do prazo de até 60 (sessenta dias) após o decurso do prazo de 30 (dias) da suspensão legal. Trata-se de procedimento voluntário, sem litígio, com o fito de renegociação de dívidas.

O art. 6º, § 2º, do PL nº 1.397/2020<sup>52</sup> traz como requisito para o ajuizamento de jurisdição voluntária de negociação preventiva a comprovação do devedor de redução igual ou superior a 30% (trinta por cento) de seu faturamento, em comparação com a média do

<sup>43</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>44</sup>BRASIL, op. cit., nota 31.

<sup>45</sup>BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>46</sup>BRASIL, op. cit., nota 31.

<sup>47</sup>Ibid.

<sup>48</sup>BRASIL, op. cit., nota 44.

<sup>49</sup>SCALZILLI, op. cit., p. 94.

<sup>50</sup>BRASIL, op. cit., nota 31.

<sup>51</sup>Ibid.

<sup>52</sup>Ibid.



trimestre de atividade no ano anterior. Esse requisito pode ser entendido como um critério objetivo para a determinação da situação de pré-crise e deveria ser protegido, de forma definitiva, pela legislação falimentar.

Diante da breve análise do PL nº 1.397/2020<sup>53</sup>, é possível perceber que a Lei 11.101/05<sup>54</sup> não se encontra em consonância com as mudanças econômicas contemporâneas, eis que não abarca a situação de pré-crise e exclui diversos agentes econômicos que exercem de fato a atividade empresária.

Cabe destacar ainda que, o PL nº 1.397/2020<sup>55</sup> trouxe de fato nova perspectiva ao princípio da viabilidade da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, pois há ineditismo na inclusão de mecanismos voltados para prevenir crises iminentes. Nesse sentido, há um movimento de maior valorização da atividade empresarial e sua contribuição para a sociedade como um todo, representando quebra aos estigmas que perduram desde a Revolução Industrial.

### 3. OS REFLEXOS DA CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA EM RAZÃO DA COVID-19 E A NECESSÁRIA REFORMA DA LEI Nº 11.101/05

A história mundial é marcada pelo contínuo progresso econômico<sup>56</sup> que encontra bolhas (*booms*), estouros (*bust*) e recessões. A crise econômica é entendida, de forma elementar, como<sup>57</sup> “um desequilíbrio entre receitas e despesas decorrentes do exercício da atividade econômica”.

A covid-19 é uma doença<sup>58</sup> infecciosa causada pelo novo coronavírus e é disseminada através de gotículas de saliva ou secreção de pessoa infectada. Diante da rápida propagação da doença, a Organização Mundial da Saúde<sup>59</sup> fixou protocolos de segurança, recomendando duras medidas como o distanciamento social e a diminuição de viagens e deslocamentos desnecessários.

Diante de tais diretrizes, a economia nacional foi afetada de forma significativa, eis que a pandemia no Brasil se alastrou de forma rápida, obrigando governos locais a decretarem o fechamento do comércio, serviços, indústrias, escolas e demais atividades consideradas não-

<sup>53</sup>Ibid.

<sup>54</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

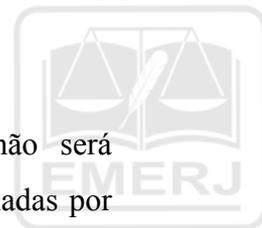
<sup>55</sup>BRASIL, op. cit., nota 31.

<sup>56</sup>SCALZILLI, op. cit., p. 20.

<sup>57</sup>Ibid., p. 21.

<sup>58</sup>WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Coronavirus: Overview*. Disponível em: <[https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1)>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>59</sup>Ibid.



essenciais. Ressalta-se<sup>60</sup> que a demanda por determinados bens e serviços não será restabelecida nos mesmos níveis da era pré-pandemia da covid-19, ainda que retomadas por completo as relações comerciais.

Há segmentos como transporte aéreo, agências de turismo, cinemas, teatros, casas de espetáculos, bares, casas noturnas, hospedagem, parques de diversão, academias, escolas e universidades que podem ter sido afetados de forma permanente, já que ainda paira incerteza sobre os reflexos da pandemia da covid-19. O denominado novo normal traz indefinição e dúvidas quanto ao futuro empresarial.

Em meio a esse cenário, o Poder Legislativo tomou iniciativas para tentar minimizar os impactos econômicos relacionados à pandemia da covid-19, em especial o PL nº 1.397, de 2020, ora analisado. O projeto em questão prevê a imposição de moratória legal<sup>61</sup> em que ficam suspensos atos de execução relacionados a dívidas vencidas a partir do início da decretação do estado de calamidade pública.

No entanto, a suspensão legal pode representar um efeito contrário do que pretende o PL nº 1.397, de 2020, porque poderia causar um acúmulo ainda maior de dívidas<sup>62</sup>, ou seja, um efeito cascata capaz de afundar ainda mais o empresário na situação de crise econômico-financeira. Logo, o efeito do sistema apresentado poderia causar o aumento do inadimplemento ao invés de sua prevenção, podendo gerar inclusive um efeito negativo na economia nacional.

Destaca-se que, em razão da morosidade do processo legislativo no Brasil, os projetos de lei que possuíam como matéria a insolvência e recuperação de empresas, com alteração transitória da Lei nº 11.101, de 2005, ficam paralisados e não obtiveram a aprovação em tempo hábil. As iniciativas<sup>63</sup>, a grosso modo, permitiriam regimes jurídicos mais simplificados para ampliar as opções disponíveis aos empresários em *distress*, tendo em vista que o sistema nacional oferece opções limitadas.

O sistema de prevenção à insolvência, tratado no PL nº 1.397, de 2020, traz, além da moratória, a previsão da negociação preventiva. O instituto criado possui a natureza de jurisdição voluntária<sup>64</sup>, trata-se de atividade jurisdicional sem litígio que permite ao empresário a possibilidade de negociar dívidas preventivamente junto aos credores, desde que preenchidos os requisitos legais.

---

<sup>60</sup>SCALZILLI, op. cit., p. 22.

<sup>61</sup>Ibid.

<sup>62</sup>Ibid.

<sup>63</sup>Ibid.

<sup>64</sup>Ibid.



No entanto, esse mecanismo também é alvo de críticas<sup>65</sup>, visto que significa a judicialização do procedimento de negociação, o que poderia ser realizado somente entre as partes. O instrumento da negociação preventiva, nos termos em que é apresentado no PL nº 1.397, de 2020, pode significar o aumento da burocracia no processo de negociação, bem como pode gerar insegurança.

O PL nº 1.397, de 2020 inspirou-se no Direito francês, em que vigora desde 1985, de forma exitosa, o sistema de prevenção e antecipação da crise da empresa<sup>66</sup>. Tal sistema é destinado exclusivamente ao auxílio a empresas que ainda não se encontram de fato em situação de crise, mas que estão caminhando indubitavelmente nessa direção.

Destaca-se que o PL nº 1.397, de 2020, prevê ainda a suspensão dos atos de decretação de falência durante o período de pandemia. Tal previsão é alvo de críticas pela doutrina<sup>67</sup>, pois pode significar a continuidade de atividades destinadas ao fracasso, postergando dívidas e travancando a economia nacional. A suspensão representa verdadeira violação ao princípio da função social da empresa, pois não há qualquer sentido em preservar uma empresa que não atende mais aos anseios da sociedade.

Logo, importante destacar que o PL nº 1.397, de 2020, não tratou de forma ideal a questão da prevenção à crise decorrente da pandemia da covid-19, pois deixou de trazer medidas concretas<sup>68</sup>, como incentivos fiscais, financeiros ou de crédito, criando, em sentido contrário, mecanismos burocráticos perante o Poder Judiciário. Portanto, é cristalino dizer que não foram apresentados mecanismos eficazes para uma efetiva solução das questões enfrentadas pelo agente empresário em meio à crise.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou a temática do PL nº 1.397, que apresentou medidas inéditas ao sistema falimentar nacional, consubstanciado no Sistema de Prevenção à Crise. O instituto inspirado no direito francês foi apresentado pelo Poder Legislativo como alternativa aos empresários que enfrentariam crise econômico-financeira em razão da pandemia da covid-19.

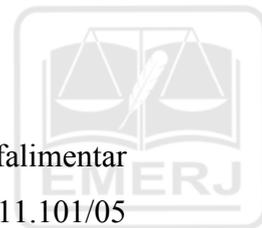
---

<sup>65</sup>Ibid.

<sup>66</sup>BRASIL, op. cit., nota 34.

<sup>67</sup>ZAMPROGNA, Carlos Alberto Doering. *A insegurança jurídica e econômica do PL 1.397*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/329582/a-inseguranca-juridica-e-economica-do-pl-1397>>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>68</sup>Ibid.



Inicialmente foram apontados elementos que demonstram que a legislação falimentar vigente não abarca todos os agentes econômicos afetados pela crise. A Lei nº 11.101/05 encontra-se desatualizada e não atende às necessidades atuais de todos os agentes empresários em situação de crise atual ou futura.

O PL nº 1.397 foi editado com o objetivo de alargar o rol de agentes econômicos a serem beneficiados pela legislação falimentar e, também, de conceder benefícios capazes de postergar o pagamento de dívidas e o prosseguimento de execuções. No entanto, o efeito reverso de tal moratória poderia ser ainda mais maléfico para empresas em crise, o que representaria um acúmulo até maior de dívida ao final do prazo concedido.

Desse modo, o PL nº 1.397 não seguiu adiante no Poder Legislativo. Tanto a morosidade do processo legislativo quanto as críticas direcionadas ao projeto foram os elementos que impediram a implementação do Sistema de Prevenção à Crise no Brasil.

Portanto, a Lei nº 11.101/05 segue vigente sem abarcar os agentes econômicos que poderiam socorrer-se nela e, tampouco, sem regular qualquer sistema que alcance agentes econômicos em situação de crise futura e inevitável. O PL nº 1.397, por sua vez, de fato não trouxe de forma adequada medidas que pudessem ser implementadas de forma efetiva e definitiva.

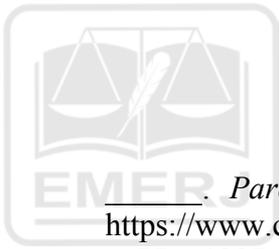
Assim, restou evidenciado que a Lei nº 11.101/05 carece de nova reforma para alinhar-se às necessidades atuais que as sociedades enfrentam e também que as iniciativas legislativas apresentadas no período de pandemia não se demonstraram eficazes para esse propósito. O PL nº 1.397, portanto, não foi exitoso na tentativa de incluir no ordenamento jurídico nacional um sistema de prevenção à crise.

Diante de todo o exposto, não é possível precisar se o sistema preventivo de crise teria impacto positivo ou negativo na preservação de empresas em crise, em decorrência da pandemia da covid-19. Outrossim, é necessária a edição de normas legais capazes de proteger efetivamente a situação de crise futura e iminente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto-Lei nº 7.661*, de 21 de junho de 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del7661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm)> Acesso em: 13 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.101*, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)> Acesso em: 13 mai. 2020.



\_\_\_\_\_. *Parecer proferido em plenário ao PL nº 1.397, de 2020*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1872397&filenome=PL+1397/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872397&filenome=PL+1397/2020)>. Acesso em: 31 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 1.397, de 2020*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1872397&filenome=PL+1397/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872397&filenome=PL+1397/2020)> Acesso em: 13 ago. 2020.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Pandemia, crise econômica e Lei de Insolvência*. 1. ed. Porto Alegre: Buqui, 2020.

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

ZAMPROGNA, Carlos Alberto Doering. *A insegurança jurídica e econômica do PL 1.397*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/329582/a-inseguranca-juridica-e-economica-do-pl-1397>>. Acesso em: 15 set. 2020.

## REGULAMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS EM TEMPO DE TRANSFORMAÇÃO DIGITAL

Rafael Silva Matoso

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Graduado em Economia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Economia pela Faculdade de Economia e Finanças IBMEC.

**Resumo** – A vida em sociedade cada vez mais se vale de meios de difusão digital para o estabelecimento das relações entre as pessoas. Isso leva a uma exposição escalar dos dados pessoais, que estão espalhados em um número sem fim de bancos de dados administrados por instituições dos mais diversos tamanhos e matizes. O Direito vem evoluindo no sentido de tentar proteger os direitos fundamentais dos indivíduos com a crescente implantação de regulamentos e normas que visam a garantir a privacidade e o equilíbrio nas relações entre instituições e indivíduos. No Brasil, a LGPD é a norma que visa a proteger os dados pessoais. Sua implantação traz uma série de desafios para os agentes que devem ajustar suas práticas para a garantia da privacidade e ainda um campo a ser explorado sobre como a LGPD se refletirá no tocante à sanções administrativas, responsabilidade civil e atendimento às solicitações das pessoas em relação à proteção e ao tratamento dos seus dados.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Privacidade. Proteção de Dados Pessoais. LGPD.

**Sumário** – Introdução. 1. Dados pessoais como bens de alto valor em uma sociedade digital. 2. Regulamentações e normas de dados pessoais no exterior e no Brasil. 3. Questões e aplicabilidade da lei geral de proteção de dados pessoais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

No presente trabalho, pretende-se discutir a implementação de normas acerca da proteção de dados pessoais e a garantia da privacidade, tema de grande relevância a partir da realidade de um ambiente de profusão digital abrangente e disseminado, indissociável da vida humana no século XXI. Nesse contexto, analisa-se a introdução de novas regulamentações estatais que visam a garantir às pessoas o direito de permissão do uso de seus dados, cujo tratamento deve ocorrer de maneira transparente e com respeito aos direitos da personalidade. Resta saber se a aplicação dessas normas será suficiente para, por exemplo, coibir a manipulação da opinião pública e o abuso nas relações de consumo por parte dos detentores de métodos e ferramentas de análise e divulgação de dados.

O estudo baseia-se em trabalhos jurídicos de análise de implementação de normas que versem sobre a proteção da privacidade, no Brasil e no exterior; artigos e análises de



especialistas sobre o tratamento relativo aos dados pessoais, bem como os respectivos diplomas legais de maior destaque sobre o tema.

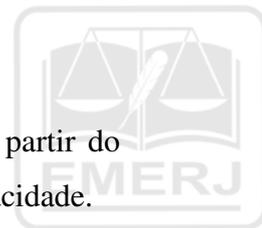
No primeiro capítulo, busca-se demonstrar a importância dos dados pessoais em uma sociedade digital. Vive-se um tempo em que as relações humanas cada vez mais ocorrem por meio de computadores e dispositivos eletrônicos interligados por redes de comunicações de alta velocidade. Os dados pessoais são compartilhados de maneira exponencial. Os interesses, as transações, as opiniões, as imagens e tudo o mais que puder ser associado a uma pessoa é capturado e registrado em bancos de dados de grande capacidade. Os dados são ativos e bastante valiosos, pois, com base em algoritmos e ferramentas de análise, é possível obter vantagens nos campos político, econômico e social.

No segundo capítulo, discute-se a implantação de normas públicas que obriguem as instituições a atuar de maneira adequada e transparente na transmissão e custódia dos dados pessoais, com o uso de ferramentas de segurança e métodos de proteção que mitiguem os riscos de ataques cibernéticos e uso indevido dos dados. Considera-se especialmente o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), vigente na União Europeia (UE) e, no Brasil, a Lei nº 13.709/18, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), inclusive no tocante aos ajustes legais desde sua promulgação até o estabelecimento de sua vigência. São apresentados os princípios norteadores dessas legislações, bem como conceitos, abrangência, aplicabilidade e as sanções estipuladas.

No terceiro capítulo, são apresentadas possíveis limitações da norma ao buscar regular um tema tão abrangente quanto a privacidade, que se apresenta nas mais diferentes situações e engloba toda a sociedade. Analisam-se algumas decisões judiciais que já têm por base normas que versam sobre privacidade e o impacto das obrigações de proteção de dados pessoais em diferentes campos, como, por exemplo, as regras eleitorais. Outra questão é referente à organização e implantação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), com seus poderes de fiscalização e de sanção em relação ao tratamento dos dados pessoais.

Discutem-se ainda outras diferentes possibilidades de influência das normas de proteção de dados pessoais em diferentes campos do Direito e seus reflexos no tocante ao acionamento do Poder Judiciário na busca de reparação indenizatória aos danos à personalidade, o que gera um desafio ainda maior na prestação do serviço jurisdicional.

A metodologia adotada parte de uma abordagem qualitativa da situação de uso e proteção dos dados pessoais com destaque para a legislação europeia sobre o tema e a LGPD. A doutrina e, quando possível, a jurisprudência também servirão de base para elaboração do



artigo, buscando a melhor interpretação conforme as fontes do Direito citadas. A partir do raciocínio dedutivo, busca-se alcançar os resultados da adoção de normas sobre privacidade.

## 1. DADOS PESSOAIS COMO BENS DE ALTO VALOR EM UMA SOCIEDADE DIGITAL

A previsão da Gartner, Inc.<sup>1</sup>, consultoria internacional especializada no segmento de tecnologia da informação, estima que os gastos mundiais em TI somarão US\$ 3,9 trilhões em 2020, um crescimento de 3,4% em relação ao ano anterior.

No Brasil, o IBGE<sup>2</sup>, a partir de informativo de indicadores da PNAD Contínua sobre Tecnologia da Comunicação e da Informação - TIC, tendo como foco aspectos de acesso à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal, indica que a utilização da internet nos domicílios do Brasil era de 74,9% em 2017, com estimativa de 126,4 milhões de usuários de internet. Dentre os equipamentos utilizados para acessar a internet, o mais usado era o telefone móvel celular (98,7% dos domicílios) e em seguida o microcomputador (52,3% dos domicílios). Pode-se imaginar que esses números tenham aumentado significativamente em 2020, ainda mais nas circunstâncias da pandemia de COVID-19.

Os dados acima são uma amostra da relevância dos recursos baseados em tecnologia da informação na vida atual das pessoas, constituindo de fato uma sociedade da informação, com efeitos em todas as esferas da produção humana, seja cultural, política, econômica, etc. As relações são baseadas em um volume incomensurável de conexões digitais em que ficam registrados dados pessoais, expressões de vontade, de interesses, armazenados em bancos de dados acessíveis, em maior ou menor grau, a pessoas desconhecidas por um período praticamente ilimitado.

Nesse contexto, fica claro que o domínio da informação passa a ser uma fonte de poder muito significativa. Não por acaso, a revista *The Economist*<sup>3</sup>, afirmou que o recurso mais valioso do mundo não era mais o petróleo, mas sim os dados do mundo digital. Os dados pessoais disponíveis nas redes e sistemas tornam-se objeto de ambição de domínio por empresas, pois a partir deles é possível obter importantes vantagens competitivas em mercados

---

<sup>1</sup> GARTNER, INC. *Gartner says global IT spending to reach \$3.9 trillion in 2020*. Disponível em: [www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2020-01-15-gartner-says-global-it-spending-to-reach-3point9-trillion-in-2020](http://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2020-01-15-gartner-says-global-it-spending-to-reach-3point9-trillion-in-2020). Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>2</sup> IBGE. PNAD Contínua - *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2017*. Disponível em: [biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631\\_informativo.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf). Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>3</sup> THE ECONOMIST. *Regulating the internet giants: the world's most valuable resource is no longer oil, but data*. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 27 abr. 2020.



concorrenciais e também por governos, que passam a ter conhecimento facilitado sobre as ações dos cidadãos, podendo exercer de uma maneira mais objetiva e direta mecanismos de controle e fiscalização.

“Dado pessoal” pode ser entendido como qualquer informação relacionada a uma pessoa que a identifica diretamente ou permite sua identificação<sup>4</sup>. Assim, mesmo as informações fragmentadas, que uma vez combinadas permitem a identificação individual, também devem ser consideradas como informações pessoais.

São exemplos de dados pessoais<sup>5</sup>: nome, número de identidade, CPF, gênero, data e local de nascimento, telefone, endereço residencial, localização via GPS, retrato em fotografia, prontuário de saúde, cartão bancário, renda, histórico de pagamentos, hábitos de consumo, preferências de lazer; endereço de IP (Protocolo da Internet) e cookies, dados biométricos ou genéticos, entre outros. Todos esses elementos, individualmente ou combinados, permitem a identificação pessoal e devem ser adequadamente armazenados e protegidos.

Há várias formas de se estabelecer proteção de dados eletrônicos. Por exemplo, a anonimização<sup>6</sup>, ou seja, quando o dado passa por etapas de descaracterização, que tornam impossível a identificação do dado original, ele deixa de ser considerado dado pessoal. A necessidade de proteção de dados pessoais exige que técnicas seguras sejam adotadas para impedir o acesso indevido, dentre elas, definição e gestão de perfis de acesso, autenticação e criptografia eletrônicas. A segurança de dados, com ênfase para a proteção dos dados pessoais, deve ser uma preocupação básica de qualquer instituição, como parte da sua cultura corporativa, com destaque para as empresas do setor de tecnologia da informação<sup>7</sup>.

O avanço tecnológico permitiu o desenvolvimento de algoritmos e modelos matemáticos sofisticados, a partir de bases gigantes de dados (*big data*) pessoais, que permitem a manipulação da opinião dos usuários em relação a temas políticos e sociais, conseguindo influenciar resultados de eleições ou avaliações de políticos e personalidades. Como exemplo, pode-se citar o escândalo da *Cambridge Analytica*<sup>8</sup>, que teve acesso a dados de 87 milhões de usuários do Facebook indevidamente para uso em ações de marketing político, sem o

---

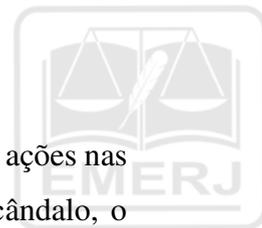
<sup>4</sup> SERPRO. *Dados pessoais*. Disponível em: [www.serpro.gov.br/lgpd/menu/protecao-de-dados/dados-pessoais-lgpd](http://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/protecao-de-dados/dados-pessoais-lgpd). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> SERPRO. *Dados anonimizados*. Disponível em: [www.serpro.gov.br/lgpd/menu/protecao-de-dados/dados-anonimizados-lgpd](http://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/protecao-de-dados/dados-anonimizados-lgpd). Acesso em: 23 set. 2020

<sup>7</sup> SIMÕES, Moisés. *Anonimização e pseudonimização são o suficiente?* Disponível em: [www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2019/anonimizacao-pseudonimizacao-dados-suficientes-adequar-lgpd](http://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2019/anonimizacao-pseudonimizacao-dados-suficientes-adequar-lgpd). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>8</sup> OLHAR DIGITAL. *Cambridge Analytica: tudo sobre o escândalo do Facebook que afetou 87 milhões*. Disponível em: [olhardigital.com.br/noticia/cambridge-analytica/74724](http://olhardigital.com.br/noticia/cambridge-analytica/74724). Acesso em: 23 set. 2020.



consentimento dos usuários. Modelos e algoritmos baseados nesses dados indicavam ações nas redes sociais que poderiam influenciar a opinião dos usuários. Apenas após o escândalo, o Facebook tomou ações mais concretas para evitar novas ocorrências, mas de toda a forma os dados já haviam sido distribuídos, sendo suscetíveis a novas ações indevidas.

Além disso, há também o uso ilícito desses dados, para o cometimento de crimes cibernéticos que visam obter vantagens a partir de fraudes ou mesmo extorsões, com a exploração da intimidade ou ameaças às pessoas. Pesquisa de órgão vinculado à Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>9</sup>, indica que o Brasil ocupa a 70ª colocação no índice de segurança cibernética, com estimativas de prejuízos advindos dos ataques cibernéticos no Brasil que ultrapassaram US\$ 20 bilhões em 2018.

Ultimamente também há o fenômeno de propagação de boatos por meio de redes sociais e as *fake news*, informações manifestamente inverídicas ou manipuladas, que são criadas ou divulgadas intencionalmente com um potencial de dano. Representam conteúdos geralmente associados a notícias que tentam se passar por reportagens jornalísticas verdadeiras e que possuem conteúdo falso, impreciso ou distorcido<sup>10</sup>.

Vinculado a esses temas digitais, estão os dados das pessoas, pois a partir de ações ou eventos pessoais é que os dados são coletados, armazenados, manipulados, remetidos e difundidos em uma série de ações que visam a algum tipo de ganho ou objetivo. Acontece que todo esse movimento ocorre de maneira praticamente alheia à vontade do indivíduo, que se vê em desvantagem e praticamente impotente quanto ao uso de dado pessoal que não deseje ou com o qual não concorde.

A coleta e uso de dados pessoais devem obedecer a premissas básicas como a confiança e a boa-fé no tratamento de dados pessoais. Com base nas diretrizes de privacidade da OCDE<sup>11</sup>, podem-se destacar os seguintes requisitos: a limitação da coleta de dados pessoais, que devem atender a requisitos legais ou finalidades legítimas, com conhecimento ou consentimento do usuário; a qualidade dos dados, que indica que os dados devem ser mantidos completos e atualizados para as finalidades que se destinam; a especificação do propósito, que indica que as razões devem ser informadas quando da coleta dos dados e o uso deve ficar restrito a eles; a divulgação dos dados só pode se dar por força legal ou sob consentimento da pessoa;

---

<sup>9</sup> AGÊNCIA SENADO. *Brasil é 2º no mundo em perdas por ataques cibernéticos, aponta audiência*. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/05/brasil-e-2o-no-mundo-em-perdas-por-ataques-ciberneticos-aponta-audiencia](http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/05/brasil-e-2o-no-mundo-em-perdas-por-ataques-ciberneticos-aponta-audiencia). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>10</sup> CERT.BR. *Cartilha de Segurança para a Internet – Fascículo Boatos*. Disponível em: <https://cartilha.cert.br/fasciculos/boatos/fasciculo-boatos.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

<sup>11</sup> OECD. *The evolving privacy landscape: 30 years after the OECD privacy guidelines*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/5kgf09z90c31-en>. Acesso em: 27 abr. 2020.



aplicação de meios e procedimentos para a proteção dos dados pessoais; transparência quanto às políticas, aos padrões e aos responsáveis pela proteção e privacidade; a garantia da vontade individual, no tocante a saber quais dados individuais as instituições possuem, além de poder decidir o que se pode fazer ou qual o destino do seu dado pessoal; e a responsabilidade atribuída a um Controlador pela proteção desses dados.

Por fundamento, os dados pessoais dizem respeito à privacidade, ao assegurar os direitos fundamentais de inviolabilidade da intimidade, da honra, da imagem e da vida privada<sup>12</sup>. Relacionam-se ainda com os direitos básicos da cidadania e liberdade dos indivíduos, inclusive quanto à livre concorrência e à defesa do consumidor.

O indivíduo é e deve sempre ser o centro da decisão quanto ao uso de seus dados pessoais<sup>13</sup>. A ele deve ser garantido o direito sobre a custódia e a circulação dos seus dados, tratando-se de direito fundamental de garantia à dignidade humana e da imagem da pessoa. Por isso, o cidadão deve ter direito à informação sobre quais dos seus dados pessoais estão sob o poder das instituições públicas e privadas; de uma forma acessível e tempestiva, inclusive lhe sendo concedido o direito de ter seu dado apagado ou ajustado conforme lhe for conveniente ou adequado. A proteção do dado pessoal passa a ser um complemento do direito à privacidade.

Leis e regulamentos para proteção de dados pessoais se fazem cada vez mais necessários porque há uma discrepância enorme de poder entre os indivíduos e as instituições. As normas devem ter por objetivo atuar sobre as assimetrias de poder, garantindo o equilíbrio de interesses entre o titular dos dados pessoais e aqueles que os usam e os compartilham<sup>14</sup>.

Óbvio que não se trata de reagir quanto ao avanço tecnológico ou de desconsiderar as inúmeras possibilidades de ganhos de produtividade ou de facilidades advindos da comunicação digital e sistemas de informação. Mas esse avanço deve se dar de maneira que a privacidade seja respeitada, por meio de obrigações e mecanismos que resguardem os dados pessoais. O especialista Danilo Doneda<sup>15</sup> argumenta que a transparência deve ser diretamente proporcional ao poder e a privacidade deve ser inversamente proporcional ao poder.

Ao Estado interessa o bom uso dos dados das pessoas, resultando em melhores serviços e vantagens para o próprio cidadão, sendo seu um dever de garantir que isso ocorra dentro de

---

<sup>12</sup> SERPRO. *Objetivo e abrangência da LGPD*. Disponível em: [www.serpro.gov.br/lgpd/menu/tratamento-dos-dados/objetivo-e-abrangencia-da-lgpd](http://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/tratamento-dos-dados/objetivo-e-abrangencia-da-lgpd). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>13</sup> SERPRO. *Seu consentimento é lei!* Disponível em: [www.serpro.gov.br/lgpd/cidadao/seu-consentimento-e-lei](http://www.serpro.gov.br/lgpd/cidadao/seu-consentimento-e-lei). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>14</sup> PENSANDO O DIREITO – DEBATES – PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. Disponível em: [pensando.mj.gov.br/dadospessoais/importancia-de-uma-lei-sobre-protecao-de-dados/](http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/importancia-de-uma-lei-sobre-protecao-de-dados/). Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>15</sup> DONEDA, Danilo. *Privacidade e proteção de dados pessoais*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/eventos/anos-anteriores/2017/5-anos-da-lei-de-aceso/arquivos/mesa-3-danilo-doneda.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.



padrões éticos e legais que tenham o indivíduo como principal interessado. A confiança estabelecida entre instituições e indivíduos, por conta do respeito e proteção do uso dos dados pessoais, abre a oportunidade de uma evolução social e relações de mercado mais sólidas.

## 2. REGULAMENTAÇÕES E NORMAS DE DADOS PESSOAIS NO EXTERIOR E NO BRASIL

A discussão sobre privacidade e proteção de dados pessoais já ocorre há algumas décadas. Tomando como referência a UE, poder-se-ia citar que o artigo 8º, nº 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>16</sup> já estabelecia que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.

Por fim, a UE lançou o RGPD<sup>17</sup>, regulamento que entrou em vigor em 24 de maio de 2016 e passou a ser aplicável a partir de 25 de maio de 2018, com o objetivo de permitir aos cidadãos europeus o melhor controle dos seus dados pessoais, aplicando-se a todos os países da UE. Além disso, a norma moderniza e unifica regras que permitem às empresas reduzir a burocracia e beneficiar-se de um maior grau de confiança por parte dos consumidores<sup>18</sup>.

No âmbito individual, o RGPD reforçou direitos já existentes e também instituiu novos direitos. Em destaque, o direito de ser informado sobre como seus dados são tratados; o direito à portabilidade dos dados para a transmissão de uma instituição para outra; o direito ao esquecimento, que consiste em que um usuário possa determinar que seus dados sejam apagados, quando da revogação do consentimento e não haja razão legítima para sua manutenção; e o direito de conhecimento sobre vazamento de dados e ataques cibernéticos em relação aos seus próprios dados pessoais<sup>19</sup>.

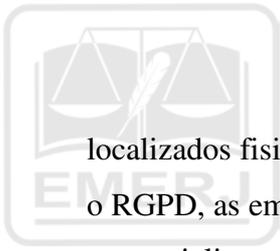
Houve também inovações legais importantes para as instituições a partir do RGPD, por exemplo, a adoção do conceito de jurisdição territorial ampliada. Os dados pessoais coletados e tratados por instituições baseadas na UE ou referentes a residentes da UE estão sob a proteção do RGPD, ainda que o dado seja tratado no exterior. Ou seja, o RGPD é aplicável a cidadãos europeus ou não, que residem no território da UE, mesmo quando eles não estejam

<sup>16</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em: 11 out. 2020.

<sup>17</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 11 out. 2020.

<sup>18</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Síntese De Regulamento (UE) 2016/679*. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:310401\\_2](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:310401_2). Acesso em: 11 out. 2020.

<sup>19</sup> UNIÃO EUROPEIA, op. cit., nota 17.



localizados fisicamente na UE, bem como a indivíduos que apenas se encontram na UE<sup>20</sup>. Sob o RGPD, as empresas estabelecidas fora da UE ainda devem aplicar as mesmas regras quando comercializam bens ou serviços no interior da UE.

O RGPD ainda define que as instituições precisam nomear um encarregado da proteção de dados, que atua como responsável por zelar pela proteção dos dados e representante junto a órgãos externos; adoção de práticas seguras de privacidade no desenvolvimento de sistemas; adoção de técnicas e ferramentas que facilitem a proteção de dados, como anonimização e criptografia e a obrigação de realizar avaliações de impacto sempre que o tratamento de dados seja suscetível de resultar num risco elevado para os direitos e liberdades das pessoas<sup>21</sup>; entre outros elementos.

No Brasil, o tema de proteção de dados pessoais também foi paulatinamente evoluindo na esfera legislativa. Pode-se citar o *habeas data*, previsto no art. 5º, inc. LXXII, CRFB/88<sup>22</sup>; a proteção do banco de dados dos consumidores, previsto no art. 43 da Lei n.º 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>23</sup>; e a Lei do Marco Civil da Internet<sup>24</sup>, que, em seu art. 3.º, inc. II, apresenta como um dos seus princípios o da proteção da privacidade, com vínculo às garantias fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A LGPD<sup>25</sup> foi promulgada em agosto de 2018, inicialmente com vigência prevista para fevereiro de 2020. Após muitas controvérsias e discussões sobre novos adiamentos da vigência, a LGPD passou a vigorar no Brasil com a promulgação da Lei n.º 14.058/2020<sup>26</sup> em 18 de setembro de 2020.

A LGPD originalmente não contava com a previsão da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. A Lei 13.853/2019<sup>27</sup> instituiu a ANPD, que possui competências

---

<sup>20</sup> MANGETH, Ana Lara Galhano. *Análise Comparativa entre os Princípios Informadores do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia e as Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: [http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2018/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-Ana%20Lara%20Galhano%20Mangeth.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2018/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Ana%20Lara%20Galhano%20Mangeth.pdf). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>21</sup> UNIÃO EUROPEIA, op. cit., nota 17.

<sup>22</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 03 nov. 2020.

<sup>23</sup> BRASIL. *Lei n.º 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm). Acesso em: 16 nov. 2020.

<sup>24</sup> BRASIL. *Lei n.º 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 03 nov. 2020.

<sup>25</sup> BRASIL. *Lei n.º 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 03 nov. 2020.

<sup>26</sup> BRASIL. *Lei n.º 14.058*, de 17 de setembro de 2020. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Lei/L14058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14058.htm). Acesso em: 03 nov. 2020.

<sup>27</sup> BRASIL. *Lei n.º 13.853*, de 8 de julho de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm). Acesso em: 03 nov. 2020.



normativa, deliberativa, fiscalizadora e sancionatória, tendo como principal função zelar pela proteção de dados pessoais e postergou a vigência da LGPD para agosto de 2020.

A LGPD dispõe sobre o tratamento dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais e foi inspirada no RGPD europeu. A norma brasileira, porém, é mais ampla no conceito de dado pessoal, pois nos termos do art. 5º, inc. I, LGPD, seria considerado dado pessoal aquele que, combinado com outros dados ou sozinho, possa identificar uma pessoa natural ou possibilitar o tratamento dessa pessoa de forma específica<sup>28</sup>.

A LGPD, em seu art. 3º<sup>29</sup>, de forma similar ao definido no RGPD, também prevê a aplicação extraterritorial, pois são considerados os dados pessoais coletados a partir de atividades realizadas no Brasil, mesmo se os dados forem tratados em outros países. Toda empresa estrangeira que, pelo menos tiver filial no Brasil ou aqui oferecer serviços, coletar e tratar dados de pessoas naturais, também estará sujeita à LGPD.

Considera-se como tratamento de dados, nos termos do art. 5º, inc. X, LGPD<sup>30</sup> qualquer atividade que utilize um dado pessoal na execução da sua operação, como, por exemplo: coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

O art. 6º, LGPD<sup>31</sup>, apresenta os princípios que devem nortear a proteção de dados pessoais. Em relação à finalidade exige que os propósitos sejam legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.

O tratamento de dados pessoais consiste nas mais diversas operações e atividades efetuadas com os dados. O art. 7º, LGPD<sup>32</sup> descreve as hipóteses de tratamento, ou seja, situações as quais a lei prevê autorização para algum tipo de ação com os dados dos indivíduos. São as chamadas bases legais de tratamento de dados pessoais. Pode-se destacar a previsão do consentimento pelo titular, que por meio de manifestação livre, informada e inequívoca concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada e usos que visam também a resguardar direitos básicos como a vida, a saúde, o acesso à Justiça. Há também

---

<sup>28</sup> KOCH, Richie. *LGPD: a versão brasileira do Regulamento Europeu*. Disponível em: [www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/lgpd-versao-brasileira-gdpr-dados-pessoais/](http://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/lgpd-versao-brasileira-gdpr-dados-pessoais/). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 25.

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> Ibidem.



a previsão de uso legal pela administração pública, para estudos por órgãos de pesquisa e as de natureza obrigacional e contratual, inclusive para a proteção ao crédito.

No art. 5º, inc. II, LGPD<sup>33</sup> está definido o conceito de dados pessoais sensíveis, que necessitam ainda de mais medidas de controle no seu tratamento, pois estão associadas a informações que podem gerar medidas de discriminação e constrangimento para a pessoa natural. Remete-se a dados de origem racial ou étnica; convicção religiosa; opinião política; filiação a sindicato ou à organização de caráter religioso, filosófico ou político; dado referente à saúde ou à vida sexual; e dado genético ou biométrico.

### 3. QUESTÕES E APLICABILIDADE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Como informado pela VEJA<sup>34</sup>, no dia 21/9/20, já havia notícia de uma ação civil pública movida pelo Ministério Público do Distrito Federal contra empresários que comercializavam listas de endereços, telefones e outros dados pessoais já no âmbito da LGPD.

Porém, antes mesmo da confirmação da data de vigência da LGPD, já havia o reflexo da lei em normativos e decisões judiciais para determinar ações e condutas no tocante à proteção dos dados pessoais. Por exemplo, há reflexos da LGPD também nas eleições municipais de 2020. A Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) 26310/2019<sup>35</sup> que dispõe sobre campanhas e condutas lícitas nas eleições, em seu art. 28, inc. III, está posto que poderá ser enviada propaganda eleitoral por meio de mensagem eletrônica, desde que seja observado o consentimento do titular dos endereços cadastrados.

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF), em maio de 2020, foi instado a se pronunciar sobre compartilhamento de dados pessoais ao suspender a eficácia da Medida Provisória (MP) 954/2020<sup>36</sup>, que previa o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia do novo coronavírus.

---

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> COSTA, Machado da. LGPD já tem sua primeira Ação Civil Pública. *Veja*. Disponível em: [veja.abril.com.br/blog/radar-economico/lgpd-ja-tem-sua-primeira-acao-civil-publica/](http://veja.abril.com.br/blog/radar-economico/lgpd-ja-tem-sua-primeira-acao-civil-publica/) Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução N° 23.610/2019*. Disponível em: [www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019](http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF suspende compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com IBGE*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/porta1/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902> Acesso em: 11 out. 2020.



O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade principal (ADI nº 6387)<sup>37</sup> firmou o entendimento de que aquela forma de compartilhamento violava o direito constitucional à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados. A decisão foi fundamentada ao considerar que, apesar do contexto da pandemia e da necessidade de formulação e aplicação de políticas públicas, devem ser preservadas garantias fundamentais constitucionais, observando-se ainda os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Ainda se mencionou que as orientações sanitárias afastam a possibilidade de processamento de dados desnecessários e incompatíveis com o propósito de avaliação e manejo dos riscos à saúde.

Há também bastante expectativa em relação às atividades de fiscalização a serem exercidas pela ANPD e também quanto ao questionamento das garantias derivadas da LGPD no âmbito judicial.

A própria ANPD só teve sua estrutura regimental definida na iminência do início da vigência da LGPD. Ainda assim, o art. 6º do Decreto nº 10.474/2020<sup>38</sup>, que regulamenta a ANPD, prevê que sua vigência só ocorra a partir da data de publicação da nomeação do diretor-presidente da ANPD no Diário Oficial da União. O cenário desenhado era de incerteza e insegurança jurídica pois a instituição que tem, por exemplo, o dever de elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade ou fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, entre outras funções de relevância, não estava apta a exercer o papel de referência na aplicação da LGPD logo do início de sua vigência. A aprovação dos indicados pelo Presidente da República para compor a primeira diretoria da ANPD pelo Senado Federal ocorreu somente em 20 de outubro de 2020, habilitando finalmente o funcionamento da ANPD<sup>39</sup>.

Ficam dúvidas e lacunas quanto à forma que as instituições devem agir para adequação aos requisitos da LGPD. O art. 63, LGPD<sup>40</sup> afirma que a ANPD deveria ter estabelecido normas sobre a adequação progressiva de bancos de dados constituídos até a data de entrada em vigor da LGPD. O disposto nesse artigo visava exatamente oferecer segurança e orientação às instituições sobre as adequações necessárias na custódia e tratamento dos dados pessoais, que atingem diferentes níveis de volume e complexidade conforme a atividade desenvolvida. Sem

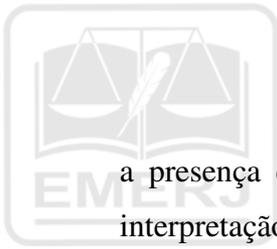
---

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6387*. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: [portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895166](http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895166). Acesso em: 03 nov. 2020.

<sup>38</sup> BRASIL. *Decreto nº 10.474*, de 26 de agosto de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10474.htm). Acesso em: 03 nov. 2020.

<sup>39</sup> AGÊNCIA SENADO. *Senado confirma primeira diretoria da Autoridade Nacional de Proteção de Dados*. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/10/20/senado-confirma-primeira-diretoria-da-autoridade-nacional-de-protacao-de-dados](http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/10/20/senado-confirma-primeira-diretoria-da-autoridade-nacional-de-protacao-de-dados). Acesso em: 03 nov. 2020.

<sup>40</sup> BRASIL, op. cit., nota 25.



a presença da ANPD, essas questões ficaram em aberto, cada um buscando uma melhor interpretação e assessoramento para a implementação da LGPD dentro de suas organizações.

Organizações civis representantes de entidades cujas atividades são abrangidas pela LGPD fizeram protestos perante a Presidência da República e as Autoridades do Congresso Nacional em relação ao processo de implementação da LGPD<sup>41</sup>. No tocante à ausência da ANPD<sup>42</sup>, argumentaram que o direito digital e a proteção e dados pessoais são disciplinas novas no Brasil e que a elaboração de normas reguladoras precisa contar com ampla e irrestrita participação de todos os setores da sociedade, em especial os setores da economia brasileira que serão diretamente impactados.

A LGPD também impacta a rotina do Poder Judiciário, que trata de dados pessoais por essência, ao tratar dos conflitos, direitos e necessidades das pessoas que buscam na Justiça a solução para os problemas que lhes afligem.

Como um exemplo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) recomendou<sup>43</sup> aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a adoção de medidas preparatórias para cumprimento da LGPD. Algumas ações iniciais podem ser destacadas: informações básicas aos usuários eletrônicos sobre a aplicação da LGPD no âmbito dos tribunais; a existência de formulário para exercício de direitos dos titulares de dados pessoais, nos sítios eletrônicos vinculados ao Poder Judiciário; e publicar nas páginas eletrônicas os registros de tratamentos de dados pessoais, entre os quais finalidade do tratamento, base legal, etc.

São desdobramentos simples da LGPD que, no entanto, exigem um esforço considerável de adaptação em sistemas e até na cultura do Poder Judiciário, pois há a preocupação de se proteger também o dado pessoal das partes e de todos as pessoas relacionadas a um processo legal.

A LGPD também reforça a importância da proteção dos dados pessoais nas relações de emprego. Por exemplo, o processo de seleção e contratação de empregados exige o compartilhamento de várias informações pessoais, de familiares vinculados, inclusive informações classificadas como sensíveis como dados de saúde, de raça ou etnia, biométricos, etc. O empregador, sob a ótica da LGPD, exerce o papel de Controlador dos dados, acentuando

---

<sup>41</sup> FRENTE EMPRESARIAL EM DEFESA DA LGPD E DA SEGURANÇA JURÍDICA. *Carta Aberta às Autoridades pela imediata segurança jurídica no tratamento de dados pessoais*. Disponível em: [central.abessoftware.com.br/Content/UploadedFiles/Arquivos/CARTA-ABERTA\\_FRENTE-EMPRESARIAL\\_LGPD\\_2020-08-18.pdf](https://central.abessoftware.com.br/Content/UploadedFiles/Arquivos/CARTA-ABERTA_FRENTE-EMPRESARIAL_LGPD_2020-08-18.pdf). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>42</sup> MACIEL, Rui. *Bolsonaro sanciona e LGPD entra em vigor nesta sexta-feira. Mas com brechas*. Disponível em: <https://canaltech.com.br/legislacao/lgpd-entra-em-vigor-brasil-171732/>. Acesso em: 11 out. 2020.

<sup>43</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 73*, de 20 de agosto de 2020. Disponível em: [atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3432](https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3432). Acesso em: 03 nov. 2020.



sua responsabilidade quanto à obrigação de custódia e tratamento desses dados, devendo empreender o máximo de esforços para evitar vazamentos ou o uso indevido ou não consentido dos dados dos candidatos e de toda a força de trabalho vinculada à empresa.

A responsabilidade civil também está presente na LGPD. O art. 42, LGPD<sup>44</sup> é explícito ao afirmar o dever de reparação no caso de dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, derivada dos danos causados pelo uso indevido dos dados pessoais, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, que estavam sob a custódia do Operador ou Controlador, sendo solidária a responsabilidade entre eles.

Como destaca Aranha Capanema<sup>45</sup>, a LGPD não se aplica a todos os casos de responsabilidade civil, resguardando-se normas específicas, como, por exemplo, as relações de consumo, regidas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), situação que consta expressamente do art. 45, LGPD<sup>46</sup>. O autor ainda ensina que é possível identificar duas situações de responsabilidade civil na LGPD: a) violação de normas jurídicas, do microsistema de proteção de dados; b) violação de normas técnicas, voltadas à segurança e proteção de dados pessoais. Ou seja, a responsabilidade civil se apresenta quando o espírito de proteção dos dados pessoais não é observado pelo agente de tratamento e o dano se materializa em relação à pessoa ou à coletividade.

O agente de tratamento deve agir com diligência e adotar as melhores práticas possíveis para a proteção dos dados pessoais, conforme determinado no art. 46, LGPD<sup>47</sup>. Os excludentes de responsabilidade, previstos no art. 43, LGPD<sup>48</sup>, se remetem ao Operador ou Controlador provar que não deu causa ao evento de falha de proteção ou demonstrar que tomou todas as providências cabíveis para garantia da proteção do dado pessoal.

A proteção dos dados pessoais não é um valor absoluto e logicamente nem poderia. O próprio art. 4º, LGPD<sup>49</sup> apresenta uma série de casos e circunstâncias em que não se aplica o tratamento de dados pessoais. No entanto, há ainda que se consolidar o entendimento de qual caminho tomar quando se coloca a privacidade dos usuários e o interesse público em situações opostas. Por exemplo, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou provimento<sup>50</sup> a um recurso da Google Brasil Internet e manteve decisão que determinou à

---

<sup>44</sup> BRASIL, op. cit., nota 25.

<sup>45</sup> CAPANEMA, Walter Aranha. *A Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados*. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 163-170, Janeiro-Março/2020.

<sup>46</sup> BRASIL, op. cit., nota 25.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> Ibidem.

<sup>50</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Terceira Seção rejeita recurso da Google contra fornecimento de dados no caso Marielle Franco*. Disponível em:



empresa o fornecimento de informações de usuários de seus serviços no âmbito das investigações sobre a morte da vereadora Marielle Franco<sup>51</sup>.

A decisão fez referência à jurisprudência do próprio STJ, que firmou entendimento de ser possível afastar a proteção do direito ao sigilo, por meio de decisão proferida por autoridade judicial competente, na qual se justifique a necessidade para fins de investigação criminal ou de instrução processual criminal. A judicialização desse tipo de questão deve se ampliar a partir da vigência da LGPD.

## CONCLUSÃO

A adoção de uma lei de proteção de dados pessoais no Brasil representa um esforço significativo de amadurecimento do país em relação a garantia de direitos individuais e também para garantia de um ambiente de negócios seguro e atraente para investimentos internacionais comprometidos com as melhores práticas comerciais e de consumo.

Significa também reconhecer a importância latente dos meios eletrônicos e do uso da internet na vida de toda a sociedade, que só se viabiliza a partir de uma exposição constante dos dados pessoais e troca de informações em volumes estratosféricos. Modelos, algoritmos e ferramentas de análise são desenvolvidos e aperfeiçoados freneticamente para permitir que as instituições consigam atingir seu público de maneira cada vez mais eficiente seja por meio de relações de consumo; aprimoramento da experiência do usuário; difusão do conhecimento; entretenimento e conectividade das pessoas.

Essa nova camada de interação social pede o estabelecimento de regras para que as relações entre as pessoas se viabilizem com respeito aos direitos já estabelecidos. A desigualdade econômica e a assimetria de informações entre os agentes também são uma realidade da sociedade digital, em que qualquer informação parece estar disponível, apesar de sujeita à manipulação de agentes poderosos e inescrupulosos em relação ao exercício do poder que os dados obtidos e informação tratada pode trazer.

Possivelmente uma nova lógica precisará ser formatada para o equilíbrio dos direitos. O Direito já está se transformando e as mudanças vão acontecer em ciclos cada vez mais rápidos. A instituição de normas, definição de princípios e, principalmente, a interpretação dada por órgãos reguladores e decisões judiciais irão ajudar a moldar esse novo paradigma do uso e

---

<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/26082020-Terceira-Secao-rejeita-recurso-da-Google-contra-fornecimento-de-dados-no-caso-Marielle-Franco.aspx> Acesso em: 11 out. 2020.

<sup>51</sup> O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial.



compartilhamento dos dados pessoais na sociedade. A ampliação da capacidade do ser humano e um objetivo de vida mais harmônico poderão ser resultados a serem alcançados desde que se consiga garantir o respeito à individualidade e o equilíbrio de vontades dos diversos agentes.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. *Brasil é 2º no mundo em perdas por ataques cibernéticos, aponta audiência*. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/05/brasil-e-2o-no-mundo-em-perdas-por-ataques-ciberneticos-aponta-audiencia](http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/05/brasil-e-2o-no-mundo-em-perdas-por-ataques-ciberneticos-aponta-audiencia). Acesso em: 23 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Senado confirma primeira diretoria da Autoridade Nacional de Proteção de Dados*. Disponível em: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/10/20/senado-confirma-primeira-diretoria-da-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados](http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/10/20/senado-confirma-primeira-diretoria-da-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados). Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 03 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 10.474*, de 26 de agosto de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10474.htm). Acesso em: 03 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm). Acesso em: 16 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 03 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm) >. Acesso em: 28 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm). Acesso em: 03 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 14.058*, de 17 de setembro de 2020. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Lei/L14058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14058.htm). Acesso em: 03 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Terceira Seção rejeita recurso da Google contra fornecimento de dados no caso Marielle Franco*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/26082020-Terceira-Secao-rejeita-recurso-da-Google-contrafornecimento-de-dados-no-caso-Marielle-Franco.aspx>. Acesso em: 11 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6387*. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: [portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895166](http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895166). Acesso em: 03 nov. 2020.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *STF suspende compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com IBGE.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902> Acesso em: 11 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução Nº 23.610/2019.* Disponível em: [www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019](http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019). Acesso em: 23 set. 2020.

CERT.BR. *Cartilha de Segurança para a Internet – Fascículo Boatos.* Disponível em: <https://cartilha.cert.br/fasciculos/boatos/fasciculo-boatos.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 73 de 20 de agosto de 2020.* Disponível em: [atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3432](http://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3432). Acesso em 3 nov. 2020.

COSTA, Machado da. *LGPD já tem sua primeira Ação Civil Pública. Veja.* Disponível em: [veja.abril.com.br/blog/radar-economico/lgpd-ja-tem-sua-primeira-acao-civil-publica/](http://veja.abril.com.br/blog/radar-economico/lgpd-ja-tem-sua-primeira-acao-civil-publica/) Acesso em: 23 set. 2020.

CAPANEMA, Walter Aranha. *A Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados.* Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 163-170, Janeiro-Março/2020.

DONEDA, Danilo. *Privacidade e Proteção de Dados Pessoais.* Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/eventos/anos-anteriores/2017/5-anos-da-lei-de-aceso/arquivos/mesa-3-danilo-doneda.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

FRENTE EMPRESARIAL EM DEFESA DA LGPD E DA SEGURANÇA JURÍDICA. *Carta Aberta às Autoridades pela imediata segurança jurídica no tratamento de dados pessoais.* Disponível em: [central.abessoftware.com.br/Content/UploadedFiles/Arquivos/CARTA-ABERTA\\_FRENTE-EMPRESARIAL\\_LGPD\\_2020-08-18.pdf](http://central.abessoftware.com.br/Content/UploadedFiles/Arquivos/CARTA-ABERTA_FRENTE-EMPRESARIAL_LGPD_2020-08-18.pdf). Acesso em: 23 set. 2020.

GARTNER, INC. *Gartner says global IT spending to reach \$3.9 trillion in 2020.* Disponível em: <https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2020-01-15-gartner-says-global-it-spending-to-reach-3point9-trillion-in-2020>. Acesso em: 27 abr. 2020.

IBGE. *PNAD Contínua - acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2017.* Disponível em: [biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631\\_informativo.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf). Acesso em: 27 abr. 2020.

KOCH, Richie. *LGPD: a versão brasileira do Regulamento Europeu.* Disponível em: [www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/lgpd-versao-brasileira-gdpr-dados-pessoais/](http://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/lgpd-versao-brasileira-gdpr-dados-pessoais/). Acesso em: 23 set. 2020.

MACIEL, Rui. *Bolsonaro sanciona e LGPD entra em vigor nesta sexta-feira. Mas com brechas.* Disponível em: <https://canaltech.com.br/legislacao/lgpd-entra-em-vigor-brasil-171732/>. Acesso em: 11 out. 2020.

MANGETH, Ana Lara Galhano. *Análise Comparativa entre os Princípios Informadores do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia e as Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: [http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2018/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-Ana%20Lara%20Galhano%20Mangeth.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2018/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Ana%20Lara%20Galhano%20Mangeth.pdf). Acesso em: 23 set. 2020.

OECD. *The evolving privacy landscape: 30 years after the oecd privacy guidelines*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/5kgf09z90c31-en>. Acesso em: 27 abr. 2020.

OLHAR DIGITAL. *Cambridge Analytica: tudo sobre o escândalo do Facebook que afetou 87 milhões*. Disponível em: [olhardigital.com.br/noticia/cambridge-analytica/74724](http://olhardigital.com.br/noticia/cambridge-analytica/74724). Acesso em: 27 abr. 2020

PENSANDO O DIREITO – DEBATES – PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. Disponível em: [pensando.mj.gov.br/dadospessoais/importancia-de-uma-lei-sobre-protecao-de-dados/](http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/importancia-de-uma-lei-sobre-protecao-de-dados/). Acesso em: 27 abr. 2020.

SERPRO. *Dados Anonimizados*. Disponível em: [www.serpro.gov.br/lgpd/menu/protecao-de-dados/dados-anonimizados-lgpd](http://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/protecao-de-dados/dados-anonimizados-lgpd). Acesso em: 23 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Dados Pessoais*. Disponível em: [www.serpro.gov.br/lgpd/menu/protecao-de-dados/dados-pessoais-lgpd](http://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/protecao-de-dados/dados-pessoais-lgpd). Acesso em: 23 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Objetivo e abrangência da LGPD*. Disponível em: [www.serpro.gov.br/lgpd/menu/tratamento-dos-dados/objetivo-e-abrangencia-da-lgpd](http://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/tratamento-dos-dados/objetivo-e-abrangencia-da-lgpd). Acesso em: 23 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Seu consentimento é lei!* Disponível em: [www.serpro.gov.br/lgpd/cidadao/seu-consentimento-e-lei](http://www.serpro.gov.br/lgpd/cidadao/seu-consentimento-e-lei). Acesso em: 23 set. 2020.

SIMÕES, Moisés. *Anonimização e pseudonimização são o suficiente?* Disponível em: [www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2019/anonimizacao-pseudonimizacao-dados-suficientes-adequar-lgpd](http://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2019/anonimizacao-pseudonimizacao-dados-suficientes-adequar-lgpd). Acesso em: 23 set. 2020.

THE ECONOMIST. *Regulating the internet giants: The world's most valuable resource is no longer oil, but data*. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 27 abr. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em: 11 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 11 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Síntese de Regulamento (UE) 2016/679*. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:310401\\_2](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:310401_2). Acesso em: 11 out. 2020.



## SMART CONTRACTS: UMA ANÁLISE SOBRE A SUA VIABILIDADE À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Renata Lopes do Nascimento

Graduada pela Universidade  
Veiga de Almeida. Servidora  
Pública.

**Resumo** – as inovações tecnológicas se apresentam como uma realidade constante, modificando a percepção de mundo e causando interferências interdisciplinares que demandam um estudo mais aprofundado. Nesse contexto, surgem os *smart contracts*, trazendo novas perspectivas aos negócios jurídicos tradicionais e criando a figura da execução automática das obrigações. A essência do presente trabalho é abordar as especificidades desse novo instrumento contratual, a sua relevância para o Direito Consumerista e analisar sobre a possibilidade de sua aplicação no Brasil.

**Palavras-chave** – Direito do Consumidor. *Smart contracts*. Contratos. *Blockchain*.

**Sumário** – Introdução. 1. *Smart contracts*: análise sobre a natureza jurídica e a (des)necessidade de regulamentação específica. 2. A possibilidade de aplicação dos *smart contracts* no direito consumerista. 3. Repercussões da tecnologia no Judiciário: maior ou menor eficácia da proposta? Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Dentro de um contexto de avanço rápido e constante da tecnologia, é possível verificar impactos no estudo e na aplicação do Direito, partindo de uma constante busca por maior eficiência, rapidez e segurança nas relações jurídicas já conhecidas.

É a partir destes propósitos que surge a figura do *Smart Contract*, objeto de análise neste trabalho, que se traduzem como novos modelos eletrônicos elaborados com a finalidade de automatizar os negócios jurídicos celebrados entre duas ou mais pessoas.

O intuito primordial dessa criação é trazer maior economicidade e segurança às obrigações pactuadas, fazendo com que a sua execução ocorra de forma automática e sem a presença de intermediadores durante esse processo. Assim, ainda que se reconheça a importância multidisciplinar do instituto, é inegável a sua influência específica no campo do Direito contratual, sendo essa a base do presente trabalho.

Como será visto no decorrer desta análise, os *Smart Contracts* encontram ainda diversos dilemas jurídicos e práticos que antecedem a sua adoção em um ordenamento jurídico, impasses verificados desde a sua conceituação até a sua aplicabilidade propriamente dita.



Entretanto, não se pode minimizar a relevância da proposta no estudo jurídico. A inserção de sistema de dados e criptografia como forma de automatizar a execução de obrigações traz inúmeras implicações no modo de contratar e nos meios de solução de litígio existentes atualmente.

Por outro lado, ainda que sejam inúmeras as positivas intenções, igualmente são diversas as críticas ao sistema desenhado para esta finalidade, principalmente quando se analisa as possíveis repercussões da utilização deste modelo no âmbito das relações consumeristas.

Conforme cediço, essas relações se caracterizam por contar com a vulnerabilidade de uma das partes perante a outra e, por essa razão, demanda um tratamento especial que preza pela proteção dessas especificidades. Dessa forma, além das incertezas inerentes à tecnologia disruptiva, o instituto ainda deve ser estudado sob a perspectiva da hipossuficiência, seja ela técnica ou econômica de, pelo menos, um dos contratantes.

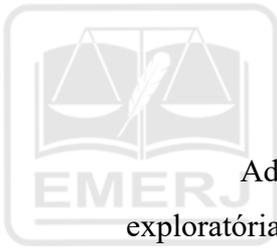
Assim, mostra-se imprescindível a análise deste novo modelo de negócio jurídico e as suas propostas práticas à luz dos princípios norteadores que integram o microsistema de proteção ao consumidor, a fim de se verificar a viabilidade de sua implementação no país.

Para isso, no primeiro capítulo são analisadas as principais características dos *Smart Contracts* e a sua natureza jurídica. Com isso, busca-se demonstrar que o instituto se mostra como uma nova forma de ajustar modelos contratuais já existentes, sejam eles típicos ou atípicos, sendo prescindível, nesse momento inicial, uma regulamentação específica para a sua aplicação genérica.

Já no segundo capítulo, a análise é voltada para os obstáculos encontrados, considerando os princípios norteadores específicos, na utilização dos *Smart Contracts* nas relações consumeristas.

Por fim, o presente trabalho visa a examinar quais seriam os impactos da aplicação deste novo modelo de contratação para o Poder Judiciário e quais as possíveis consequências na análise das provas produzidas durante a instrução processual. Isso porque, embora haja inúmeros benefícios, também são evidentes as possíveis dificuldades na concretização dos princípios do acesso à justiça e da efetividade das decisões.

Com efeito, a presente pesquisa abrange uma abordagem qualitativa, com base na bibliografia já existente sobre o tema, ainda que o referencial teórico ainda esteja em momento inicial de estudo. Utilizando-se, para isso, do método dedutivo, que, ao analisar proposições hipotéticas sobre o instituto, busca traçar conclusões técnicas aplicáveis ao ordenamento jurídico nacional.



Ademais, o desenvolvimento do trabalho também conta com uma pesquisa exploratória e explicativa, ao delinear as principais características do tema e avançar em teorias já existentes até o momento para sustentar a sua tese.

## 1. *SMART CONTRACTS*: ANÁLISE SOBRE A NATUREZA JURÍDICA E A (DES)NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA

Apontados como objeto central deste trabalho, os *smart contracts*, ou contratos inteligentes em uma tradução livre, não possuem uma denominação tão intuitiva quanto parece. Na verdade, conforme será exposto, as maiores críticas jurídicas ao instituto residem justamente na possível natureza contratual e na incerteza do caráter inteligente do instrumento.

Por essa razão, faz-se imprescindível a análise dos *smart contracts* a partir de suas características essenciais, com a finalidade de conceituá-los, identificar a sua natureza jurídica e, a partir disso, examinar a eventual necessidade de inovação jurídica que regule a sua aplicação no ordenamento brasileiro.

Para que sejam elencadas as especificidades do objeto em análise, é preciso traçar um breve histórico dos institutos que antecederam o seu surgimento, uma vez que em muito colaboraram na sua idealização e, por vezes, possuem características que se confundem com as dos contratos inteligentes.

Assim, a base de funcionamento dos *smart contracts* é a chamada *Blockchain*, que ganha esse nome em razão das cadeias de blocos pelas quais é formada. O seu funcionamento ocorre de maneira descentralizada, ou seja, sem a necessidade de um ponto único de informações, utilizando-se da criptografia e de processos de verificação de dados para gerar uma sequência de blocos de transações imutáveis.

O seu surgimento ocorreu no final de 2008, com a finalidade de se estruturar como suporte para um novo sistema financeiro, alternativo ao tradicionalmente conhecido no mundo, que seria chamado de *Bitcoin*. A sua principal proposta era a realização de transações financeiras mais seguras, por serem feitas de pessoas para pessoas, sem a necessidade de um intermediário.

Isso porque, ao contrário do modelo cliente-servidor<sup>1</sup> adotado pelas instituições financeiras atualmente, a estrutura propõe que as transações sejam verificadas por inúmeros

---

<sup>1</sup>O modelo cliente-servidor adota uma estrutura centralizada, na qual apenas o servidor (ponto central) fornece informações para todos os pontos da rede interligados a ele.



*nodes* integrantes do sistema, a fim de serem validadas e, posteriormente, incluídas em um bloco unicamente identificado.

Dessa forma, o intuito da estrutura é basicamente conferir maior segurança e transparência aos usuários, diminuindo os custos e, em determinadas hipóteses, até o tempo de uma transação financeira. A transparência seria conferida pela *distributed ledger*, que funciona como um livro razão, de natureza pública, acessível por diversos pontos simultaneamente, em que estariam registradas todas as transações realizadas no sistema.

A segurança seria fruto da imutabilidade gerada pelo encadeamento de blocos. Importante destacar, nesse sentido, que cada bloco gerado a partir da validação das transações, ganha uma sequência alfanumérica identificadora (*hash*), bem como faz constar a sequência do bloco anterior, de forma a encadear os blocos. Assim, torna-se impossível qualquer modificação nos dados inseridos em transações já validadas, pois se fossem permitidas, ainda que minimamente, acarretaria alterações em todos os blocos subsequentes.

Por fim, a economicidade apontada ocorreria em razão do processo de desintermediação das relações. Como visto anteriormente, o modelo *peer to peer* possibilitaria as transações diretas com qualquer usuário e em qualquer lugar do mundo utilizando a criptomoeda do Bitcoin.

A partir desse ideal, começaram a surgir propostas de utilização da estrutura *Blockchain* para outras finalidades além das transações financeiras. Após muitas tentativas de se desenvolver essa possibilidade na própria estrutura Bitcoin, Vitalik Buterin<sup>2</sup> idealizou, no ano de 2013, uma nova *Blockchain* denominada *Ethereum*.

O intuito seria utilizar uma unidade virtual como objeto de outras atividades além da transferência de valores. Essa unidade ficou conhecida como *token*, que possui a função de representar coisas no mundo digital, possibilitando, por exemplo, a transferência de propriedade dentro das transações efetuadas.

Dentre as possíveis operações no universo *Ethereum*, está o *smart contract*. Apesar da estrutura desenvolvida ter como uma de suas finalidades instrumentalizar este conceito, vale lembrar que o instituto, na verdade foi idealizado, por Nick Szabo<sup>3</sup>, muito antes da mencionada *Blockchain*.

---

<sup>2</sup>BUTERIN, Vitalik. *A next generation smart contract & decentralized application platform*. Disponível em: < [https://blockchainlab.com/pdf/Ethereum\\_white\\_paper\\_a\\_next\\_generation\\_smart\\_contract\\_and\\_decentralized\\_application\\_platform-vitalik-buterin.pdf](https://blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_paper_a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf) >. Acesso em: 13 mai. 2020.

<sup>3</sup>"I call these new contracts "smart", because they are far more functional than their inanimate paper-based ancestors. No use of artificial intelligence is implied. A smart contract is a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises." SZABO, Nick. *Smart Contracts*:



O *smart contract* se traduz, de forma genérica, como um código, em linguagem de programação, baseado em condições preestabelecidas pelos usuários. Ele possibilita automatizar a execução dessas condições, sem a presença de intermediários, conferindo um caráter imperativo ao seu cumprimento. Entretanto, considerando a natureza interdisciplinar do instituto, o seu conceito pode variar conforme as áreas de estudo em que ele é analisado.

As características desse instituto se confundem, em sua maioria, com as próprias características da *Blockchain*, conforme já analisado anteriormente. Porém, se diferencia pela possibilidade de comandos mais complexos, de natureza condicional, dotados de auto executabilidade. Nesse sentido, Nick Szabo, idealizador do código, exemplifica a finalidade precípua do contrato inteligente a partir de uma *vending machine*, na qual o produto é liberado automaticamente caso o usuário insira a moeda na forma e quantidade correta e previamente estipulada.

Pode-se dizer, assim, que o *smart contract* pode ou não assumir uma natureza contratual a depender de dois elementos: existência de relevância jurídica e adequação aos vetores da escada ponteaniana para verificação de sua existência, validade e eficácia. Verificadas essas premissas, não se pode negar a sua natureza de negócio jurídico capaz de criar, modificar ou extinguir direitos e deveres de cunho patrimonial no mundo fora dos códigos.

Nesse sentido, Stark<sup>4</sup> defende que a estrutura não contratual do instituto seria denominada como *Smart Contract Code*, enquanto aquela que possui a natureza contratual seria o *Smart Legal Contracts*.

Na forma de negócio jurídico, conceitua a doutrina<sup>5</sup> que:

[...] os Smart Contract apresentam-se, dentro deste contexto, como uma inovação tecnológica contratual que impõe modificações relevantes na forma de contratar e especialmente no modo de execução das avenças pactuadas. (...) Simplificando, os smart contracts são criados na conhecida fórmula de programação computacional 'se x, então y', isto é, se implementada certa condição, será cumprida a prestação contraposta. (...) Por esta razão, diz-se que são regidos pelo princípio de que 'the code is law'. A execução é automaticamente impingida e não há como obstá-la, sendo caracterizados por isso, como autoaplicáveis [...].

---

Building Blocks for Digital Markets. Disponível em: <[http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart\\_contracts\\_2.html](http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

<sup>4</sup>STARK apud DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Smart contracts: conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, ano 04, n° 06, p. 2771- 2808, 2018. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018\\_06\\_2771\\_2808.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2771_2808.pdf)>. Acesso em: 10 mai. 2020.

<sup>5</sup>EFING, Antonio Carlos; SANTOS, Adrielly Pinho dos Santos. Análise dos smart contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro. *Direito e Desenvolvimento*, v.9, n° 2, p. 49-64, 3 dez. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/755/554>>. Acesso em: 12 mai. 2020.



Importante destacar que, assumindo a natureza contratual, o *smart contract* não se mostra como uma nova espécie atípica, mas sim como uma nova forma de contratar por meio eletrônico, dependendo a sua classificação apenas de seu objeto. Com efeito, adota-se o entendimento de Rebouças<sup>6</sup> segundo o qual essa nova forma conjuga especificidades das contratações interpessoais e intersistêmicas já existentes.

Assim, em que pese a natureza disruptiva da tecnologia que serve de suporte a esta forma de contratação ativa, entende-se ser prescindível, ao menos em um momento inicial, a elaboração de novos diplomas legais específicos. Se mostra possível, por ora, a aplicação das regras e princípios já existentes para disciplinar a aplicação dos *smart contracts*, não havendo qualquer vedação à sua aplicação no arcabouço jurídico pátrio.

Ademais, o rápido avanço tecnológico que vem modificando as práticas de negociação no país pode significar o início de um caminho a ser percorrido até uma futura regulamentação do modelo contratual estudado. Exemplo disso, é a implementação recente, pelo Banco Central do Brasil, do Pix<sup>7</sup>, modalidade de pagamento instantâneo que propõe maior celeridade e menor custo nas transações efetuadas entre os usuários.

Apesar de funcionar em um sistema centralizado, diferente daquele verificado na *blockchain*, a proposta é igualmente trazer maior segurança e transparência, rompendo com os limites do sistema financeiro atual e excluindo a figura do intermediador dessas operações. Portanto, sendo alternativa para alcançar objetivos similares àqueles traçados no desenvolvimento da *blockchain*, nasce a expectativa de aproximação gradativa do modelo base do objeto do presente estudo nas práticas nacionais.

## 2. A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS *SMART CONTRACTS* NO DIREITO CONSUMERISTA

Conforme visto anteriormente, os *smart contracts* se caracterizam essencialmente por sua capacidade de transformar um negócio jurídico em código sequencial com aptidão para automatizar a execução das obrigações acordadas.

---

<sup>6</sup>REBOUÇAS. Rodrigo Fernandes. *Contratos eletrônicos: formação e validade- aplicações práticas*. 2. ed. rev., ampl. São Paulo: Almedina, 2018, p.130.

<sup>7</sup>BRASIL. Banco Central do Brasil. *O que é Pix?* Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidade/financeira/pagamentosinstantaneos>>. Acesso em: 12 out. 2020.



Especial atenção merece a análise do instituto quando a relação contratual estiver submetida ao Direito Consumerista, regido pela Lei nº 8.078/90<sup>8</sup>. Isso se dá em razão da proteção especial conferida constitucionalmente, e de forma específica pela mencionada norma, ao consumidor, dotado de vulnerabilidade presumida em suas negociações.

Assim, merece destaque nesse estudo a apreciação dos contratos inteligentes à luz da função social dos contratos, da boa-fé objetiva, da confiança, da hipossuficiência e da reparação integral dos danos. Os dois últimos paradigmas são objeto de análise mais detida no próximo capítulo, impondo-se nesse momento um enfoque especial a aplicação dos demais na forma de contratar com o consumidor.

Sob esse viés protecionista e constitucional, parte-se do pressuposto de que a relação contratual deve prezar pelo equilíbrio entre a autonomia privada e a função social dos contratos. A primeira responsável pelos fatores pessoais que envolvem as partes e desenham os interesses de cada um no negócio jurídico pretendido. Já a segunda como forma de limitação, interna e externa, da atuação dos contratantes em prol da coletividade e da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o que se percebe no direito contratual contemporâneo é uma maior relativização do preceito do “*pacta sunt servanda*”, visando proteger a sociedade como um todo ainda que partindo de relações privadas. Esse é o entendimento encontrado no enunciado 23 da I Jornada de Direito Civil do CJF<sup>9</sup>, que dispõe:

Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, conforme mencionado anteriormente, os *smart contracts* têm como uma de suas principais características a imutabilidade de seu conteúdo, se assemelhando ao rígido paradigma de que o contrato faz lei entre as partes.

Esse é um dos atributos mais debatidos sobre o instituto, em razão das dificuldades trazidas por um instrumento que não pode ser interpretado ou revisado de forma a resolver eventuais desequilíbrios encontrados em seu cumprimento.

---

<sup>8</sup>BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>9</sup>BRASIL. Jornada de Direito Civil I, 2007. *Enunciado 23*. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornada-s-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

Verifica-se assim dois lados de uma mesma moeda: ao passo que a imutabilidade proposta visa a maior credibilidade e segurança aos contratantes, também se mostra como um risco em situações que a revisão contratual se faz necessária. Ademais, embora o avanço da tecnologia faça com que a confiança em máquinas seja uma constante nas atividades do dia a dia, não se pode negar a possibilidade de falha em seu processamento.

Assim, seja por falhas na alimentação de dados do contrato ou por fatos supervenientes que alterem as condições originais do acordo, se mostra imprescindível a possibilidade de revisão de seu conteúdo.

Destaque-se, nesse sentido, que o Código Consumerista<sup>10</sup>, em seu art. 6, inciso V, prevê como direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Ressalta-se que a equivalência material<sup>11</sup> na relação consumerista encontra amparo na Teoria da base objetiva do negócio jurídico, que independe da imprevisão do fato superveniente para que haja o direito de revisão. Sendo assim, o direito se mostra ainda mais amplo do que o previsto para os contratos civis em geral, nos quais prevalece a Teoria da Imprevisão.

O debate não se mostra distante da realidade atual das relações privadas, as quais, em razão da pandemia de covid-19 vivenciada no mundo, tiveram que adequar suas cláusulas aos regimes jurídicos emergenciais e transitórios editados para a hipótese. Assim, em uma possível aplicação dos *smart contracts* em sua forma original nesse contexto, muitas seriam as dificuldades encontradas em paralisar os efeitos automáticos da execução pactuada.

Como proposta de superação ao obstáculo apontado, a doutrina apenas menciona a possibilidade de inserção de cláusulas que permitam a adição de um novo *smart contract* nesses casos, capaz de impedir o prosseguimento da execução do código original. Entretanto, em caso de inexistir tal previsão, não haveria, ao menos por ora, outro recurso senão uma ação judicial reparatória para eventuais danos causados.

Outro obstáculo é encontrado quando os *smart contracts* são analisados à luz dos princípios da confiança e da boa-fé objetiva.

---

<sup>10</sup>BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>11</sup>BRITO apud TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2019, p. 253.



Inicialmente, cabe destacar a própria estrutura paradoxal do instituto que é firmado no conceito de “*trustless*”<sup>12</sup>. O projeto se baseia em conferir segurança em contratações com qualquer pessoa, independente de conhecimento prévio ou de intervenção de terceiros garantidores, a fim de trazer menor custo ao negócio jurídico e maior efetividade ao cumprimento da obrigação.

Por outro lado, apesar dos benefícios trazidos pelo código computadorizado neste ponto, deve-se observar obrigatoriamente os deveres anexos aos princípios anteriormente mencionados. Decorre, por exemplo, dessa obrigação o dever de informar e o direito de ser informado. Ademais, a lei especializada impõe, em seu artigo 46<sup>13</sup>, a nulidade das cláusulas que infringem este preceito.

É de se ressaltar outra característica inerente aos *smart contracts* que inviabiliza a observância a este regramento: sua linguagem em código de software. Ainda que as partes manifestem vontade e definam genericamente os termos da avença por outros meios anteriores, o contrato deverá ser traduzido para que a leitura seja feita pelo computador.

Novamente se verifica um atributo contraditório do modelo em análise, tendo em vista que uma de suas propostas de segurança é a transparência possibilitada pela inserção do contrato em uma *blockchain*. Embora seja de fácil acesso na rede mundial de computadores, o conteúdo do código não encontra transparência correspondente em linguagem humana.

Assim, torna-se inviável ao consumidor o acesso aos termos do contrato, que poderá, por erro ou má-fé do fornecedor, ser transformado em premissas diferentes daquelas acordadas para se encaixar no modelo estrutural necessário<sup>14</sup>, violando-se o chamado dever de oportunizar<sup>15</sup>.

Impõe-se destacar, ainda quanto a este ponto, que a estrutura do código encontra limitações quanto a complexidade das obrigações pactuadas. Assim, considerando a estrutura lógica dos *scripts* a serem executados, o contrato inteligente não é capaz de interpretar cláusulas abertas como a própria noção de boa-fé, o que restringe o campo de aplicação desse modelo.

---

<sup>12</sup>Conforme explica Divino, através desse conceito “dispensa-se confiança (*trustless*): partindo da premissa que um contrato inteligente será executado numa rede de Blockchain, afirma-se pela eliminação da necessidade de as partes confiarem entre si ou em intermediários.” DIVINO, op. cit.

<sup>13</sup>“Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.” BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>14</sup>LEGERÉN-MOLINA apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos*. 9. ed. rev., atual. V. 4. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 392.

<sup>15</sup>LIMA; BENJAMIN; MIRAGEM apud TARTUCE, op. cit., p. 260.



Para mais esse impasse apontado, é possível a aplicação de um modelo ainda mais recente, chamado de Contrato Inteligente Ricardiano<sup>16</sup>. Anunciado como uma nova geração dos contratos inteligentes, essa modalidade agrega as características de duas formas contratuais: o *smart contract* original e os contratos ricardianos.

Essa nova espécie se diferencia por possibilitar que um contrato possa simultaneamente ser redigido em prosa legal tradicional e traduzido para a linguagem de programação, viabilizando o acesso pelo consumidor. Assim, é possível que as partes confeccionem dois documentos que funcionariam de forma atrelada, ambos com aptidão para registro na *blockchain*.

A existência de um documento em linguagem legível por humanos facilitaria, ainda, a análise de possíveis vícios contratuais presentes desde a origem do negócio jurídico, possibilitando melhor análise futura pelo judiciário.

Com isso, verifica-se a viabilidade de aplicação dos *smart contracts* nas relações consumeristas, desde que observadas as adequações necessárias à sua estrutura, de modo a efetivar o regramento protetivo ao consumidor.

Deve-se ressaltar, ainda, que esse novo modelo não se limita a um rol de obstáculos práticos. Isso porque sua estrutura reduz instantaneamente a ambiguidade facilmente encontrada nos contratos consumeristas atuais, conseqüentemente reduzindo demandas no Judiciário para que a interpretação do pacto se adeque à norma.

Além disso, em razão da objetividade de suas cláusulas, é possível muitas das vezes se verificar maiores benefícios ao consumidor. Exemplo disso é aplicação dos *smart contracts* nos casos de atraso de voo<sup>17</sup>, de modo a permitir uma indenização automática ao consumidor após a apuração de inobservância de horário previamente estipulado pela companhia.

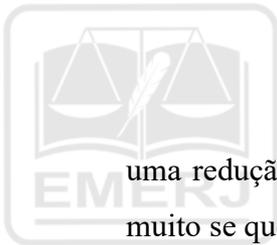
### 3. REPERCUSSÕES DA TECNOLOGIA NO JUDICIÁRIO: MAIOR OU MENOR EFICÁCIA DA PROPOSTA?

Prosseguindo na análise dos *smart contracts*, merece destaque outra proposta do modelo estudado, qual seja, a diminuição de demandas no Judiciário. Alega-se que, com a autonomia de execução dos termos contratuais e a baixa possibilidade de inadimplência, haveria

---

<sup>16</sup>LAMOUNIER, Lucas. *O que é um Contrato Ricardiano?* Um Guia Completo. Disponível em: <<https://101blockchains.com/pt/contrato-ricardiano/>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

<sup>17</sup>MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de; MELLO, Gustavo Marchi de Souza. *Smart legal contracts carregam consigo incontáveis benefícios*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-29/smart-legal-contracts-contratos?gathStatfcon=true>>. Acesso em: 20 ago. 2020.



uma redução dessas demandas em busca da satisfação das obrigações pactuadas. Entretanto, muito se questiona sobre a viabilidade de se atingir o objetivo pretendido.

Esse, a princípio, seria um dos pontos mais importantes dessa modalidade, quando considerados os propósitos da inovação. Entretanto, não se pode olvidar que o amplo acesso à justiça é garantia constitucional, estampado no art. 5º, XXXV da CRFB/88<sup>18</sup>, caracterizada principalmente pelo “monopólio da jurisdição, ou seja, havendo ameaça ou lesão de direito, não pode a lei impedir o acesso ao Poder Judiciário”<sup>19</sup>.

Com efeito, conforme visto anteriormente, uma vez traduzidos os termos contratuais para a linguagem de código e inseridos na *blockchain* específica, não há uma forma simples de impedir a execução dos contratos inteligentes. Assim, a primeira consequência imediata da aplicação dos *smart contracts* seria uma mudança na natureza das ações judiciais propostas pelos contratantes.

Isso porque, uma possível tutela jurisdicional de natureza preventiva seria ineficaz ao emitir comandos que não poderiam ser efetivados na prática. Assim, embora a essência da inovação trazida pela modalidade esteja na irretroatividade de seus termos, verifica-se que, com certa frequência, as suas principais limitações também se baseiam nela.

Na prática, seguindo o modelo original, as ações passariam a ter um cunho repressivo, sendo propostas após o suposto dano resultante da execução automática. A busca seria, em síntese, pelo retorno ao *status quo ante*, quando possível, ou por ressarcimento e indenizações decorrentes desses danos.

Entretanto, como uma possível forma de superar alguns obstáculos aqui mencionados, é importante destacar a figura do *Judge as a service (JaaS)*. Como conceitua Gonçalves e Camargos<sup>20</sup>, seria:

[...]uma espécie de árbitro com poderes técnicos para reverter ou alterar transações realizadas através de smart contracts na Blockchain. Durante a elaboração do smart contract, predefine-se um ou mais indivíduos ou um mecanismo que definirá tais indivíduos (...) que analisará o negócio jurídico e atestará sua validade. Ele também terá poderes para garantir seu cumprimento em observância com a lei da jurisdição na

<sup>18</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 07 set. 2020.

<sup>19</sup>CARVALHO apud HASSE, Djonatan. *Garantia constitucional do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional*. Disponível em: <<https://djonatanh01.jusbrasil.com.br/artigos/111943370/garantia-constitucional-do-acesso-a-justica-e-a-efetividade-da-tutela-jurisdicional>>. Acesso em: 07 set. 2020.

<sup>20</sup>GONÇALVES, Pedro Vilela Resende; CAMARGOS, Rafael Coutinho. Blockchain, smart contracts e ‘judge as a service’ no direito brasileiro. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; DOS ANJOS, Lucas Costa; BRANDÃO, Luíza Couto Chaves. *Anais do II Seminário Governança das redes e o marco civil da internet: globalização, tecnologias e conectividade*. Disponível em: <<https://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2017/09/Anais-do-II-Semin%C3%A1rio-Governan%C3%A7a-das-Redes.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2020.

qual as partes se inserem e, assim, corrigir quaisquer vícios ou nulidades no contrato inteligente [...].

Assim, embora inicialmente vá de encontro com algumas características essenciais do objeto em estudo, o instituto do *JaaS* se mostra como forma de possibilitar ao Judiciário a implementação do dirigismo contratual nesta nova modalidade. Seria uma alternativa técnica para conferir efetividade às decisões judiciais proferidas nestas demandas, aproximando-se da proposta inicial do modelo.

Ademais, a introdução dos avanços tecnológicos no Poder Judiciário é uma realidade atual, ainda que ocorra de forma paulatina, razão pela qual se mostra viável no contexto moderno a realização das adaptações mencionadas.

Destaque-se, ainda, que o conceito trazido pelo instituto do *Judge as a service* possibilitaria também a utilização da arbitragem como meio alternativo de resolução dos conflitos instaurados. Entretanto, em sede de relações fundadas no Direito do consumidor, eventual inclusão de cláusula compromissória deve ser analisada com cautela, sob pena de ser considerada nula de pleno direito, na forma preceituada no art. 51, VII da lei específica<sup>21</sup>.

No tocante às ações consumeristas, se insere nesse contexto mais um dos direitos elencados no capítulo anterior, qual seja, o da reparação integral, insculpido no art. 6º, VI do CDC<sup>22</sup>. O regime de responsabilidade civil adotado por esse Código, garante ao consumidor a reparação de danos morais e materiais, de forma a considerar abusivas eventuais cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor<sup>23</sup>.

Muito se debate, na seara da responsabilização, quanto aos diferentes vícios possíveis nessa modalidade. Isso porque além dos já conhecidos atualmente, a inserção de tecnologia disruptiva faz nascer novas práticas e com elas novos dilemas.

No entanto, essa lacuna é muito mais polêmica em outras áreas do Direito, encontrando menor dificuldade de subsunção no âmbito consumerista. Isso se dá em razão do acolhimento da Teoria do risco do empreendimento pela legislação especial, segundo a qual, conforme leciona Cavalieri Filho<sup>24</sup>, “todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa.”

---

<sup>21</sup>BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>22</sup>Ibid.

<sup>23</sup>Ibid.

<sup>24</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa do direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 309.



Por fim, ainda tratando sobre o mérito de eventuais ações ajuizadas, verifica-se que a adoção dos *smarts contracts* causaria impacto também na instrução probatória do processo. Isso porque, não havendo legislação específica sobre o tema, a demonstração da validade dos contratos celebrados e inseridos na *blockchain* deve se valer de princípios gerais e regras aplicadas a institutos semelhantes.

Cumprido destacar que, neste ponto, se insere o último direito básico destacado outrora, qual seja, o da facilitação da defesa do consumidor. O art. 6º do CDC<sup>25</sup> prevê, em decorrência da vulnerabilidade presumida, a alternativa de inversão do ônus da prova quando verificada a verossimilhança das informações ou a hipossuficiência técnica do consumidor, o que, nesse último caso, deve ser uma realidade corriqueira nessa modalidade contratual.

Note-se ainda que, em sua forma original, os *smart contracts* são celebrados a partir da autenticação com chaves privadas individuais. Assim, considerando que no ordenamento brasileiro vigora apenas a autenticação de assinatura eletrônica por chaves públicas<sup>26</sup>, seria necessária uma adaptação quanto à comprovação de sua validade.

Certo é que a própria estrutura *blockchain* confere maior autenticidade aos negócios jurídicos celebrados em seu sistema, quando comparados aos tradicionais documentos eletrônicos. Ressalta-se que já existe no país o início de implementação dessa tecnologia<sup>27</sup> de forma oficial, o que pode representar uma modificação de paradigma nesse tocante. Ademais, o Código de Processo Civil<sup>28</sup> traz em seus artigos 369 e 411 termos abertos que possibilitam o enquadramento das provas produzidas neste sentido.

Dessa forma, a partir das possíveis consequências apresentadas até o momento, o que se verifica é que a proposta de descongestionamento do Judiciário com a aplicação dos *smart contracts* não se mostra tão factível quanto se propõe. Ao contrário, apenas causaria uma mudança na análise da relação jurídica apresentada, como qualquer outra inovação vivenciada na sociedade.

---

<sup>25</sup>BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>26</sup>BRASIL. *Medida Provisória nº 2.200*, de 24 de agosto de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/Antigas\\_2001/2200-2.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm)>. Acesso em: 07 set. 2020.

<sup>27</sup>MENEZES, Mariana. *Junta Comercial do Ceará é a primeira do país a utilizar a tecnologia blockchain para segurança do banco de dados*. Disponível em: <<https://www.ceara.gov.br/2018/05/21/junta-comercial-do-ceara-e-a-primeira-do-pais-a-utilizar-tecnologia-blockchain-para-seguranca-do-banco-de-dados/>>. Acesso em: 12 set. 2020.

<sup>28</sup>BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 06 set. 2020.

## CONCLUSÃO

A partir do exame proposto nesse trabalho, verificou-se que com a modificação das demandas da sociedade, devem-se alterar os instrumentos fornecidos pelo Direito para a convivência cotidiana. Nesse contexto, se inserem os *smart contracts*, que surgiram com o intuito de buscar maior celeridade e efetividade na formalização de negócios jurídicos.

Como qualquer outra inovação, essa encontra uma série de dilemas a serem resolvidos antes e durante a sua efetiva implementação. Entretanto, as incertezas encontradas devem servir como base de melhorias e não como prova de sua inviabilidade.

Conforme reiterado durante os capítulos, o *smart contract* se mostra como uma nova forma de celebrar contratos eletrônicos já conhecidos e propõe inovações não só estruturais, mas de paradigmas conceituais.

Muitas são as suas utilidades nos mais variados ramos, razão pela qual a sua utilização traz uma necessidade de atualização, quiçá especialização, dos operadores do Direito, a fim de aprimorar as especificidades do modelo às necessidades que esse instrumento se propõe a atender.

Dentre suas principais propostas estão a redução de custos, a efetividade de seu cumprimento e a transparência de seus termos. Entretanto, as três encontram limitações, práticas, normativas e principiológicas, em nosso ordenamento, reclamando adaptações que permitam a sua aplicação.

Isso ocorre porque, embora a desnecessidade de um terceiro intermediador de transações possa diminuir os gastos, o suporte tecnológico para a celebração do contrato pode refletir em seu custo final. Da mesma forma, embora a *blockchain* seja dotada de segurança e transparência, certo é que essas mesmas características podem se tornar empecilhos em algumas situações mais complexas.

Ainda assim, como já ressaltado, não se afasta a possibilidade de aplicação do instituto no ordenamento pátrio, tampouco se condiciona ao surgimento de legislação própria. Em muitos casos, o *smart contract* pode ser utilizado como um instrumento facilitador de negócios jurídicos ou, até mesmo, impulsionador de um mercado mais competitivo.

Ficou evidente, portanto, a necessidade de um estudo interdisciplinar aprofundado, junto das novas tecnologias que vêm surgindo, a fim de se analisar a melhor forma de adequação do instrumento ao ordenamento jurídico pátrio e ao sistema axiológico de proteção ao consumidor.



## REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Luís Fernando Israel; GONÇALVES, Pedro Vilela Resende. *Ethereum e blockchain: desafios jurídicos das plataformas descentralizadas*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/29701285/Ethereum\\_e\\_Blockchain\\_Desafios\\_Jur%C3%ADdicos\\_das\\_plataformas\\_descentralizadas](https://www.academia.edu/29701285/Ethereum_e_Blockchain_Desafios_Jur%C3%ADdicos_das_plataformas_descentralizadas)>. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *O que é Pix?* Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/pagamentosinstantaneos>>. Acesso em: 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 06 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 07 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Jornada de Direito Civil I, 2007. *Enunciado 23*. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007. 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: 24 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 2.200*, de 24 de agosto de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/Antigas\\_2001/2200-2.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm)>. Acesso em: 07 set. 2020.

BUTERIN, Vitalik. *A next generation smart contract & decentralized application platform*. Disponível em: <[https://blockchainlab.com/pdf/Ethereum\\_white\\_papera\\_next\\_generation\\_smart\\_contract\\_and\\_decentralized\\_application\\_platform-vitalik-buterin.pdf](https://blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_papera_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa do Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Smart contracts: conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, ano 04, nº 06, p. 2771- 2808, 2018. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018\\_06\\_2771\\_2808.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2771_2808.pdf)>. Acesso em: 10 mai. 2020.

EFING, Antonio Carlos; SANTOS, Adrielly Pinho dos Santos. Análise dos smart contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro. *Direito e Desenvolvimento*, V. 9, nº 2, p. 49-64, 3 dez. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/755/554>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos*. 9. ed. rev. e atual. V. 4. Salvador: Juspodivm, 2019.



GONÇALVES, Pedro Vilela Resende; CAMARGOS, Rafael Coutinho. Blockchain, smart contracts e 'judge as a service' no direito brasileiro. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; DOS ANJOS, Lucas Costa; BRANDÃO, Luíza Couto Chaves. *Anais do II Seminário Governança das redes e o marco civil da internet: globalização, tecnologias e conectividade*. Disponível em: <<https://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2017/09/Anais-do-II-Semin%C3%A1rio-Governan%C3%A7a-das-Redes.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2020.

HASSE, Djonatan. *Garantia constitucional do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional*. Disponível em: <<https://djonatanh01.jusbrasil.com.br/artigos/111943370/garantia-constitucional-do-acesso-a-justica-e-a-efetividade-da-tutela-jurisdicional>>. Acesso em: 07 set. 2020.

LAMOUNIER, Lucas. *O que é um Contrato Ricardiano? Um Guia Completo*. Disponível em: <<https://101blockchains.com/pt/contrato-ricardiano/>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

MENEZES, Mariana. *Junta Comercial do Ceará é a primeira do país a utilizar a tecnologia blockchain para segurança do banco de dados*. Disponível em: <<https://www.ceara.gov.br/2018/05/21/junta-comercial-do-ceara-e-a-primeira-do-pais-a-utilizar-tecnologia-blockchain-para-seguranca-do-banco-de-dados/>>. Acesso em: 12 set. 2020.

MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de; MELLO, Gustavo Marchi de Souza. *Smart legal contracts carregam consigo incontáveis benefícios*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-29/smart-legal-contracts-contratos?gathStatIcon=true>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Contratos eletrônicos: formação e validade - aplicações práticas*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018.

REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 7, nº 3, dez. 2019. Disponível em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6120>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

SILVA, Rodrigo da Guia; PINTO, Melanie Dreyer Breitenbach. Contratos inteligentes (smart contracts): esses estranhos (des)conhecidos. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. V. 5, out./nov. 2019. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/338020036\\_Contratos\\_inteligentes\\_smart\\_contracts\\_esses\\_estranhos\\_desconhecidos\\_Smart\\_contracts\\_these\\_unknown\\_strangers](https://www.researchgate.net/publication/338020036_Contratos_inteligentes_smart_contracts_esses_estranhos_desconhecidos_Smart_contracts_these_unknown_strangers)>. Acesso em: 13 mai. 2020.

SZABO, Nick. *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*. Disponível em: <[http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart\\_contracts\\_2.html](http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2019.



## A TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO E A IMPENHORABILIDADE PARCIAL DO BEM DE FAMÍLIA

Renata Melo Henriques

Graduada pela Universidade Tiradentes.  
Advogada.

**Resumo** – a teoria do patrimônio mínimo tem como propósito garantir o mínimo existencial para uma vida digna, o que foi tendência para repersonalizar o Direito Civil ao instituir, na esfera jurídica do Direito Privado, o “ser” se sobrepondo ao “ter”. O presente estudo busca analisar a possibilidade da penhora parcial do bem de família de alto valor para concretizar a teoria do patrimônio mínimo, enfatizando a necessidade de mudança no entendimento jurisprudencial para alcançar esta finalidade. Como resultado, a análise revelou que, devido à inércia legislativa, compete ao magistrado transcender à aplicação literal da norma, por meio da ponderação e racionalidade, para efetivar direitos fundamentais presentes na composição jurídica, conforme a nova realidade social e os anseios comuns por decisões mais justas.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Patrimônio mínimo. Bem de família. Penhora parcial. Imóvel de alto valor.

**Sumário** – Introdução. 1. Repersonalização do Direito Civil e a teoria do patrimônio mínimo. 2. Aplicação jurídica da teoria do patrimônio mínimo e o bem de família. 3. A penhora parcial do bem de família de alto valor. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Esta pesquisa apresenta uma discussão sobre a teoria do patrimônio mínimo à luz do bem de família, dando ênfase à penhora parcial do imóvel de alto valor no ordenamento jurídico, destacando a necessidade da relativização desta penhora de forma coerente para garantir o mínimo existencial.

A temática em estudo se mostra importante por ser um tema atual e socialmente relevante, uma vez que apresenta novos valores sociais e jurídicos que permeiam o Direito Civil nos tribunais, encontrando respaldo no que reza a legislação pertinente para responder ao seguinte questionamento: diante das controvérsias sobre a penhora parcial do bem de família de alto valor, pode-se garantir que as regras pertinentes ao tema são suficientes para assegurar as circunstâncias estabelecidas nos tribunais?

Para responder à problemática apresentada, faz-se necessário demonstrar as inovações jurisprudenciais sobre o bem de família, abordando as posições doutrinárias

relacionadas à controvérsia, para adotar a possibilidade da penhora parcial do imóvel de alto valor, a fim de assegurar o mínimo existencial e patrimonial.

O estudo está estruturado em três capítulos, o primeiro traz um breve relato do texto constitucional que versa sobre o fenômeno da respersonalização e despatrimonialização do Direito Civil, e sua relação com a aplicação da teoria do patrimônio mínimo, com o objetivo de garantir a todos os Direitos Fundamentais de uma vida digna.

O segundo capítulo discorre sobre a teoria do patrimônio mínimo, destacando suas principais aplicações, no que concerne ao bem de família, com vinculação ao direito fundamental à moradia e à dignidade da pessoa humana, para efetivar a proteção legal e essencial ao patrimônio familiar. Ainda, neste capítulo, se analisa a evolução do tema na esfera jurisprudencial nos tribunais.

O terceiro capítulo é destinado à análise das decisões judiciais, em que se evidencia controvérsias sobre a proteção do bem de família, segundo a penhora parcial do imóvel de alto valor, procurando-se defender a necessidade de uma relativização em cada caso concreto e discorrer sobre a insuficiência da legislação para englobar determinada circunstância.

E, finalmente, a conclusão, que aponta os aspectos mais relevantes sobre o tema, todavia, sem a pretensão de esgotar o assunto, até porque o tema é atual e, por isso, demanda novos estudos e aprofundamentos, apenas buscou-se contribuir com mais uma discussão neste tão fecundo campo do Direito.

A metodologia aplicada foi a pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa. As fontes de pesquisa foram livros, artigos e periódicos, sobre o tema e fontes documentais com base em legislação, doutrina e jurisprudência, analisando-se criticamente para embasar a pesquisa.

Quanto ao método, optou-se pelo dedutivo, partindo de premissas maiores do texto constitucional sobre as relações privadas, em cotejo com premissas menores, na relação com o bem de família. Além disso, utilizou-se também o método dialético, com análise das posições doutrinárias e jurisprudenciais, confrontando-as com a teoria do patrimônio mínimo e fundamentos relacionados e contrapostos, para chegar à conclusão pretendida.



## 1. REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO

No século XX ocorreram diversos fatos históricos, como: guerras mundiais, queda de regimes ditatoriais, entre outros, que influenciaram grandes mudanças nas Constituições da Europa, sugerindo a realização de textos mais humanizados e democráticos, com escopo na proteção da dignidade da pessoa humana e na solidariedade social.

Nesse contexto de transformações insere-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>1</sup> (CRFB), tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, no art. 1º, III, com o objetivo fundamental de erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, nos termos do art. 3º, III, e a inviolabilidade do direito à vida, presente no art. 5º, caput, dentre outros artigos constitucionais que garantem uma primazia à tutela integral do ser humano.

Destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana como um sobreprincípio de valor central e estruturante para regras constitucionais, com a proteção dos direitos essenciais, e com o intuito de promover uma estrutura personalística humanizada apta a afastar do individualismo, como alude Alexandre de Moraes<sup>2</sup>:

[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos* e a busca ao Direito à Felicidade [...].

Devido a essa transição de novos valores, mostrou-se relevante a modificação dos Códigos Civis que tinham viés patrimonialista e individualista, conforme o Código Civil de 1916, redigido sob a égide do Estado liberal ao final do século XIX, com base no Código de Napoleão. Destarte, entrou em vigor o Código Civil de 2002, com uma releitura civil constitucional, designando como Direito Civil Constitucional, a repersonalização e a despatrimonialização, situando o ser humano como centro do Direito Civil.

A repersonalização do Direito Civil apresentou uma inevitável alteração entre o Direito

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

<sup>2</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 35.



Público e o Direito Privado, uma distinção que deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do Direito Público e qual o território do Direito Privado<sup>3</sup>.

A transformação é expressiva e pertinente para o Direito, posto que o ordenamento jurídico tem uma única base a ser seguida, colocando o ser humano como o fim de toda relação jurídica, regido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, ao acabar com a dicotomia entre o Direito Público e Direito Privado, apresenta-se um sistema jurídico mais homogêneo. Como assevera Pietro Perlingieri<sup>4</sup>:

[...] a Carta Constitucional representa o momento da realidade interna do ordenamento jurídico. Significa que não é mais possível distinguir o Direito Constitucional do Direito Civil, que não é mais possível se falar em Direito Público e em Direito Privado. Todo o ordenamento jurídico tem os mesmos valores e os mesmos princípios fundamentais para todo o sistema [...].

Entende-se que houve a despatrimonialização do Código Civil. Desta forma, o patrimônio assumiu um papel coadjuvante na relação jurídica, no entanto, isso não representa uma desimportância do patrimônio, ou uma questão antipatrimonial. Na realidade, pretende-se dar relevância à primazia da pessoa<sup>5</sup>.

No Brasil, alguns doutrinadores entendem ser desnecessário o Direito Civil Constitucional após a instituição do Código Civil de 2002. *Data venia*, um verdadeiro equívoco, visto que ainda há resquícios do antigo Código Civil. Nas palavras do autor Anderson Schreiber<sup>6</sup>:

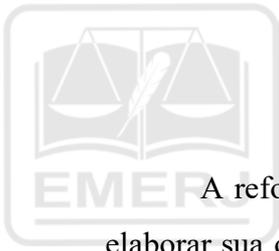
[...] o que a metodologia civil constitucional propõe não é uma releitura exigida pelo envelhecimento da codificação, mas uma releitura permanente, voltada à máxima realização dos valores constitucionais nas relações privadas. A edição de uma nova codificação civil não suprime, nem atenua o papel da Constituição. A atuação do legislador ordinário não substitui o projeto constitucional, nem isenta o intérprete de buscar a permanente adequação do direito civil aos valores constitucionais [...].

<sup>3</sup>TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <[http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Premissas\\_metodologicas\\_constitucionalizacao\\_Direito\\_Civil\\_fls\\_37-53.pdf](http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Premissas_metodologicas_constitucionalizacao_Direito_Civil_fls_37-53.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2020.

<sup>4</sup>PÉRLINGIERI, Pietro. *Normas constitucionais nas relações privadas*. Disponível em: <<http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoes-privadas/>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

<sup>5</sup>LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo (Coord.). *Direito Civil Constitucional a resignificação da função dos institutos do Direito Civil Contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 27.

<sup>6</sup>SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: \_\_\_\_\_; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 17.



A reformulação do ordenamento jurídico foi promissora. O autor Luiz Edson Fachin, ao elaborar sua obra<sup>7</sup>, “Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, consagrou a teoria do patrimônio mínimo, com propósito de assegurar um mínimo existencial e patrimonial ao indivíduo como forma de garantir-lhe uma vida digna e plena em suas necessidades fundamentais.

Essa teoria é tendência para a repersonalização do Direito Civil ao asseverar – o ser sobrepujando o ter –, posto que ganha força a ideia de que a pessoa deve se servir do patrimônio, e não ao contrário, sendo basilar o mínimo existencial. Nesta perspectiva, a atividade econômica passa a ser submetida à solidariedade social, à igualdade substancial e à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, observa-se que não há um conceito objetivo do que representa o patrimônio mínimo, entende-se como mais relevante mensurar a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, sobre o que seria necessário para viver de forma digna e plena, para efetivar os preceitos fundamentais instituídos na Constituição Cidadã.

Conforme ensina Fachin<sup>8</sup>, a configuração de patrimônio mínimo não é necessariamente sobre o bem imóvel, pois abrange outros elementos de diversas naturezas, é um universo plural e aberto, apresenta-se complexo para definir. Afirma o autor<sup>9</sup> que “a proteção de um patrimônio mínimo vai ao encontro dessas tendências, posto que põe, em primeiro plano, a pessoa e suas necessidades fundamentais. E assim o fará explicitamente.”

O ponto crucial é assegurar um mínimo existencial a partir da dignidade da pessoa humana, promover redução à miserabilidade, erradicar pobreza, desigualdade social e alcançar uma justiça social. Efetivar o direito fundamental à subsistência, ponderando, de forma razoável, sobre o “mínimo invulnerável”, o qual não pode ser retirado da pessoa. Fachin<sup>10</sup> afirma que “a existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo”.

Em suma, prepondera o novo sistema jurídico à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição de 1988, que incorporou direitos fundamentais, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana. Este que impulsionou a repersonalização do Direito Civil e a teoria do patrimônio mínimo, a partir de um novo modo de ver a realidade, com o intuito de garantir o mínimo existencial

---

<sup>7</sup>FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

<sup>8</sup>Ibid., p. 31.

<sup>9</sup>Ibid., p. 11.

<sup>10</sup>Ibid., p. 1.

a todo ser humano.

## 2. APLICAÇÃO JURÍDICA DA TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO E O BEM DE FAMÍLIA

Com o advento do Direito Civil Constitucional houve diversas modificações no ordenamento jurídico. Todavia, observa-se incontroversas inovações legislativas e jurisprudenciais devido à implementação da teoria do patrimônio mínimo, ao resguardar o princípio da dignidade humana. Essa reformulação principiológica propicia uma maior proteção do mínimo existencial, principalmente relacionado ao bem de família, que consagra os princípios constitucionais e o direito social à moradia, previsto no art. 6º da CRFB/1988<sup>11</sup>.

Observa-se que o bem de família é uma forma de aplicação da teoria da repersonalização do Direito Civil, pois une direitos da personalidade e direitos patrimoniais visando a proteção do mínimo existencial. Com isso, intenta-se proteger a entidade familiar, especialmente, o imóvel para abrigo da família, que não pode ser penhorado, tal como explicitado por Álvaro Villaça Azevedo<sup>12</sup>: “O bem de família, é assim, no Código Civil, um imóvel urbano ou rural, que serve à proteção da família, como domicílio seu, inalienável e impenhorável, sob certas circunstâncias”.

A proteção da impenhorabilidade deste bem iniciou-se<sup>13</sup> nos Estados Unidos, em decorrência da crise econômica entre os anos de 1837 e 1839, através do documento *Homestead Exemption Act*, de 1839, na República do Texas, que garantiu um patrimônio mínimo ao povo e impulsionou países como na França, Itália e Portugal a adotarem a medida.

No Brasil, a inovação sobre o bem de família adveio no Código Civil de 1916<sup>14</sup>, disposto nos artigos 70 a 73. Em 1990, aprovada a Lei nº 8.009/1990<sup>15</sup> que regulamentou o bem de família legal ou involuntário, e após o atual Código Civil de 2002<sup>16</sup>, nos artigos 1.711 a 1.722, apresentou

---

<sup>11</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>12</sup>AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família, com comentários à Lei n. 8.009/90*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 81.

<sup>13</sup>CORREIA JUNIOR, José Barros; ALBURQUERQUE, Paula Falcão. O patrimônio mínimo existencial: a proteção aos bens dos indivíduos para além dos bens de família. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.) *Transformações no Direito Privado nos 30 anos de Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 261.

<sup>14</sup>BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>15</sup>BRASIL. *Lei nº 8.009*, de 29 de março de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

<sup>16</sup>BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2020.



modificação ao bem de família voluntário conforme a Lei n° 8.009/1990<sup>17</sup>. Desta forma, no ordenamento jurídico instituiu-se o bem de família voluntário e o involuntário ou legal.

O bem de família voluntário ou convencional pode ser instituído pelo cônjuge, entidade familiar ou terceiro através da escritura pública ou por meio do testamento, com uma reserva de valor que não pode ultrapassar um terço do patrimônio líquido das pessoas que o instituem, conforme disposto no Código Civil<sup>18</sup>. No caso do bem de família involuntário ou legal, apresentam-se regras específicas, conforme a lei estabelecida como norma de ordem pública para proteção do penhora do único bem de família por dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, nos termos do art. 1° da Lei n° 8.009/1990<sup>19</sup>.

A despeito da nomenclatura do bem de família, o ilustre doutrinador Alexandre Câmara<sup>20</sup> entende que a denominação bem de família é empregada para designar o que é regido pelos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil<sup>21</sup>, e o regulado pela Lei n° 8.009/1990<sup>22</sup>, nomeia-se bem de residência, visto que, compreende não ser adequado usar o mesmo nome para fenômenos distintos. Porém, data máxima *venia*, posicionamento de forma contrária da maioria da doutrina e jurisprudência, usar-se o mesmo *nomen iuris* para ambos os institutos.

Destaca-se, no art. 1° da Lei n° 8.009/1990<sup>23</sup>, a concretização como regra da impenhorabilidade do bem de família, institui-se a proteção automática para resguardar o direito de moradia e a garantia ao patrimônio mínimo da pessoa humana, que não poderá responder por dívidas contraídas pelo devedor, salvo nas hipóteses previstas na referida lei.

Após a presente regulamentação do referido instituto e com as evoluções sociais, diversas questões foram apresentadas aos tribunais superiores para angariar um efetivo avanço na proteção ao patrimônio mínimo, além dos previstos na lei, por isso, os magistrados entenderam como necessário realizar uma interpretação extensiva, de acordo com cada caso específico.

Dessa maneira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) passou a entender que a Lei n° 8.009/90<sup>24</sup> aplica-se às penhoras anteriores a sua vigência, como disposto na Súmula n° 205 do

---

<sup>17</sup>BRASIL, op. cit., nota 15.

<sup>18</sup>BRASIL, op. cit., nota 16.

<sup>19</sup>BRASIL, op. cit., nota 15.

<sup>20</sup>CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 351.

<sup>21</sup>BRASIL, op. cit., nota 16.

<sup>22</sup>BRASIL, op. cit., nota 15.

<sup>23</sup>Ibid.

<sup>24</sup>Ibid.



STJ<sup>25</sup>, consolidando o efeito retroativo para a referida lei. Essa Corte Superior de Justiça abrandou também a aplicação da impenhorabilidade do bem de família para estender aos imóveis das pessoas solteiras, separadas e viúvas, presente na Súmula n° 364 do STJ<sup>26</sup>, assim, a proteção ao bem de família é assegurada, de forma mais ampla, para o imóvel de apenas uma única pessoa.

Além disso, o STJ mitigou o requisito da moradia do imóvel, considerando impenhorável o único imóvel residencial do devedor que estiver locado para terceiros, com intuito de que sua renda seja revertida para a subsistência da família ou moradia, entendimento postulado na Súmula n° 486<sup>27</sup>, que versa sobre a preservação do bem de família indireto, como denominado pelo doutrinador Flávio Tartuce<sup>28</sup>.

Essas mudanças jurisprudenciais foram substanciais para a positiva proteção do bem de família. *Data venia*, ainda existem posicionamentos restritos e arcaicos, que possuem interpretação restritiva e literal da Lei n° 8.009/1990<sup>29</sup>, com relação a casos concretos que deveriam ser revistos e atualizados pelo STJ, que apresenta decisões reiteradas, ao firmar o entendimento de impossibilidade da penhora parcial do imóvel de alto valor.

Esse posicionamento consolidado pela Corte Superior de Justiça gera uma repercussão social negativa, pois a interpretação gramatical e legalista desvirtua o amparo ao patrimônio mínimo e a despatrimonialização conquistada com o Direito Civil Constitucional, afastando a igualdade substancial do credor e devedor ao proteger o indivíduo que possui bem de família de alto padrão.

O doutrinador Flávio Tartuce<sup>30</sup>, coaduna com o posicionamento dos precedentes da Corte Superior, ao entender “que o parâmetro para a fixação do que seja bem de alto valor deve ser fixado pelo legislador, e não pelo julgador”, e compreende que deve respeitar o art. 3° da Lei n° 8.009/1990<sup>31</sup> ao estabelecer as exceções à impenhorabilidade.

<sup>25</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 205*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010\\_15\\_capSumula205.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula205.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>26</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 364*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012\\_32\\_capSumula364.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula364.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>27</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 486*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017\\_43\\_capSumulas486-490.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas486-490.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>28</sup>TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 214.

<sup>29</sup>BRASIL, op. cit., nota 15.

<sup>30</sup>TARTUCE, Flávio. *Debate com André Barros sobre a penhora de bem de família de alto valor*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/417458139/debate-com-andre-barros-sobre-a-penhora-de-bem-de-familia-de-alto-valor>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>31</sup>BRASIL, op. cit., nota 15.



Não se pode deixar de mencionar que no Código de Processo Civil já foram apresentadas duas tentativas de regulamentação acerca da penhora do imóvel de alto valor, todavia, não lograram êxito. A primeira iniciativa ocorreu por meio do Projeto de Lei nº 51, de 2006<sup>32</sup>, o qual pretendia alterar o processo de execução no CPC, com o intuito de implementar no Código a permissão para a penhora de bem de família, com valor superior a 1000 (mil) salários mínimos. A segunda iniciativa apresentou-se no protejo de lei original do CPC de 2015, com proposta da Emenda nº 358<sup>33</sup>, com redação semelhante à primeira iniciativa, entretanto, manteve-se a impenhorabilidade absoluta do imóvel perante a legislação.

Por outro lado, o CPC consagra, no seu art. 833, inciso II<sup>34</sup>, a possibilidade de penhora de bens móveis supérfluos com a seguinte redação: “os móveis pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor, ou que ultrapassem às necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida”, esse dispositivo consolida a teoria do patrimônio mínimo, com relação ao bem móvel, dado que protege da penhorabilidade apenas os bens essenciais à dignidade humana.

Destarte, existe legislação para a penhora de bens móveis de alto valor, sendo falha no caso de bens imóveis, assim, como defende o doutrinador, de fato é necessária uma regulamentação que mensure o patamar monetário de alto valor. No entanto, diante da inércia legislativa, não deve o Poder Judiciário apresentar decisões ultrapassadas, favorecendo uma minoria brasileira que sobrevive em um padrão luxuoso, visto que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Desse modo, não deve o credor suportar a dívida por não poder penhorar o imóvel de alto valor do devedor. Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart:<sup>35</sup>

[...] a proteção de verbas de caráter alimentar ou do imóvel que serve de residência da família não pode servir como escudo para a desmesurada preservação de bens e direitos de forma manifestamente abusiva. Não há dúvida de que deve haver diferença no tratamento da casa usada pela família para sua residência e da mansão, de vários metros

<sup>32</sup>BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 51, de 2006*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4672972&ts=1594018713578&disposition=inline>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>33</sup>BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei do Senado nº 8.046, de 2010*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=940448&filename=Tramitacao-EMC+358/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=940448&filename=Tramitacao-EMC+358/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010)>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>34</sup>BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>35</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. *A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários*. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/64-artigos-jun-2008/6025-apenhorabilidade-de-imovel-de-familia-de-elevado-valor-e-de-altos-salarios>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

quadrados, que também se destina a tal fim, embora exceda a dimensão necessária para o exercício do estrito direito de habitação. É inquestionável que a perda da residência familiar gera elevado risco de que a família fique desalojada, o mesmo não se podendo dizer da arrecadação do imóvel suntuoso, que pode bem ser substituído por outro, de menores proporções [...].

O que se pretende com a reformulação jurisprudencial para a relativização da penhora, não é desproteger o bem de família da sua impenhorabilidade, mas, sobretudo, efetivar a proteção apenas ao patrimônio mínimo e, conseqüentemente, ao padrão de uma vida digna ao indivíduo. Logo, as jurisprudências não devem privilegiar os excessos patrimoniais do devedor pelo simples fato da legislação que disciplina a matéria ser omissa sobre a questão.

### 3. A PENHORABILIDADE PARCIAL DO BEM DE FAMÍLIA DE ALTO VALOR

A possibilidade da penhorabilidade parcial do único bem imóvel de alto valor apresenta grande divergência no ordenamento jurídico. Conforme mencionado anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça tem pródiga jurisprudência sobre o assunto que impossibilita a penhora em comento. No Recurso Especial nº 1.351.571-SP<sup>36</sup>, o Ministro Marco Buzzi, ao se posicionar favorável à impenhorabilidade, apontou as seguintes indagações<sup>37</sup>: “o que é considerado bem de alto valor? Qual o patamar monetário a ser utilizado? O valor venal do imóvel, a quantia estipulada pelo mercado imobiliário, o critério pessoal do credor ou do julgador?”. O Ministro acrescentou que, no Brasil, não foi tipificado o que seria considerado grandes fortunas.

Não se pode negar que o Brasil precisa de uma legislação específica para determinar esses valores. Porém, com a insuficiência legislativa, o patamar que deveria ser utilizado para mensurar o alto valor do imóvel seria o salário mínimo, como foi aplicado nos projetos de leis vetados sobre o tema. Assim, a partir deste parâmetro, pode-se ter o discernimento do que seria um imóvel luxuoso, não só pelo valor do bem, mas por sua metragem, localização e arquitetura luxuosa.

Além disso, como critério para elastecer a penhora, poderia se utilizar do paradigma da essencialidade. Este que é apresentado na teoria dos contratos e ao fazer a sua correlação com penhora parcial do bem imóvel seria uma forma de verificar se o bem é suntuoso, ou apenas abarca uma vida digna. De acordo com o paradigma, deve-se considerar o critério da utilidade existencial,

---

<sup>36</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.351.571*. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1534880&num\\_registro=201202267359&data=20161111&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1534880&num_registro=201202267359&data=20161111&formato=PDF)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

<sup>37</sup>Ibid.



ao invés da utilidade de modo exclusivo patrimonial<sup>38</sup>.

Por conseguinte, no mesmo julgado<sup>39</sup>, o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, propôs um voto com intuito de que houvesse uma interpretação atualizada para ampliar à aplicação da lei do bem de família, e possibilitar a penhora parcial do imóvel de alto valor, todavia, lamentavelmente foi voto vencido. Lê-se no corpo do voto:

[...] importante o esclarecimento de que a proposta que se faz não é pela irresponsável e desmedida possibilidade de penhorabilidade do bem de família de alto valor, mas de afastamento da absoluta impenhorabilidade e da viabilidade de que seja afastada, sempre diante do caso concreto, a partir da ponderação dos valores em jogo, escolhendo-se, naquela hipótese, qual merecerá proteção. [...] possibilitar a penhora de percentual do alto valor desses bens, viabilizando a satisfação concomitante de valores de importância ímpar: preserva-se a dignidade do devedor e satisfaz-se o crédito do credor, garantindo-se, ainda, a ordem jurídica e prestigiando-se a razoabilidade [...].

Destarte, entende-se ser necessário a superação do precedente judicial (*overruling*) para assegurar a solução desse desequilíbrio na execução por meio do precedente judicial, assim o magistrado deve proporcionar decisões justas e igualitárias<sup>40</sup>, conforme a evolução da sociedade brasileira, “que leva à humanização do direito, outorgando ao Magistrado uma tarefa que transcende à automática na aplicação da norma [...]”.

Deve-se compreender que o escopo dessa mudança jurisprudencial não é para rejeitar a evolução do Direito Civil Constitucional, e sobrepor o patrimonialismo ao invés de favorecer o personalismo. Não obstante, é garantir o mínimo existencial diante da casuística apresentada ao judiciário, já que a lei não apresenta regras suficientes e específicas para assegurar circunstâncias sobre a penhora parcial do bem de família.

Diante desta insuficiência legislativa, cabe ao Poder Judiciário intervir para que se tenha soluções equilibradas e pertinentes, uma interpretação razoável à lei sobre o bem que ultrapassa o médio padrão de vida, já que essa regra não apresenta justificativa à luz do princípio do patrimônio mínimo e da dignidade humana. Por isso, não se pode admitir que os imóveis luxuosos sejam protegidos, indiscriminadamente, e favorecido com relação ao credor, que também deve ter uma vida plena e digna.

<sup>38</sup>NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 29.

<sup>39</sup>BRASIL, op. cit., nota 36.

<sup>40</sup>Ibid.



Sobre essa questão, Cristiano Chaves<sup>41</sup> explicita que o critério para a penhora de bem imóvel único de elevado valor é o uso da técnica da ponderação para solucionar o conflito de interesses, e interpretação conforme os ditames constitucionais. Entende-se<sup>42</sup> que não existem valores absolutos no sistema democrático, “ou seja, impõe-se ao magistrado analisar a conveniência, razoabilidade e cabimento de cada penhora, ponderando os interesses em jogo, de modo a garantir a responsabilização patrimonial do devedor, sem sacrificar, no entanto, a sua dignidade”.

Robert Alexy<sup>43</sup>, entende que deve ser utilizado nos conflitos a “máxima da proporcionalidade” que significa as três máximas parciais: da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, para alcançar uma decisão diante de conflitos, é preciso realizar o sopesamento nos termos da lei com a ponderação de valores. Assim, na aplicação da proporcionalidade, necessário se faz ponderar e fazer prevalecer, no ordenamento jurídico, o princípio da dignidade humana.

Ao aplicar a teoria do discurso de Jürgen Habermas<sup>44</sup>, entende-se que o conflito deve ser solucionado por meio da racionalidade com consenso, sendo o Direito ferramenta central para conquistar esse consenso. Entretanto, por inviabilidade legislativa, tem-se concentração de jurisdição em tribunais, o que é importante, pois leva a uma uniformização absolutamente necessária, e ao aperfeiçoamento do Direito. Para o autor citado, o discurso jurídico, ao nascer no próprio processo, fica isento de influências externas.

Observando a experiência estrangeira sobre o assunto, cabe ressaltar que no Direito italiano não existe restrição completa à penhora de bens imóveis do cotidiano familiar, principalmente se este possuir valor econômico elevado (art. 514, 2, do Código de Processo Civil italiano). Da mesma forma, no Direito francês não existe previsão sobre a impenhorabilidade absoluta do bem de família. Na legislação chilena a impenhorabilidade do bem de família apresenta um limite do imóvel que seja, efetivamente, ocupado pelo devedor com sua família, e o valor não seja superior à avaliação fiscal de cinquenta unidades tributárias mensais, ou quando for residência emergencial

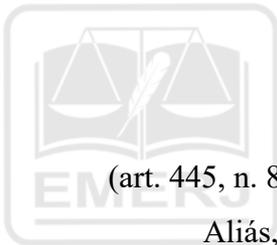
---

<sup>41</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de. *A excepcional possibilidade de penhora de bem imóvel de elevado valor à luz da dignidade da pessoa humana (uma proposta de nova compreensão da matéria)*. Disponível em: <<https://emporio.dodireito.com.br/leitura/a-excepcional-possibilidade-de-penhora-de-bem-imovel-de-elevado-valor-a-luz-da-dignidad-e-da-pessoa-humana-uma-proposta-de-nova-compreensao-da-materia>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>42</sup>Ibid.

<sup>43</sup>ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 116.

<sup>44</sup>HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 295.



(art. 445, n. 8, do Código de Procedimiento Civil chileno<sup>45</sup>).

Aliás, é de bom alvitre a realização do Direito comparado, visto que demonstra a existência de uma vasta legislação de outros países que não possuem a regra da absoluta impenhorabilidade do bem de família, o que representa uma sugestão para instituir, na legislação brasileira, a penhora parcial do único bem de família de alto valor e, assim, compor igualdade substancial no Estado Democrático de Direito.

A reformulação dos tribunais quando adotarem esta penhora, conforme a ponderação de valores, garantirá o direito à moradia, respeitando ao mínimo existencial, sem ofender o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa medida não descaracteriza o objetivo da teoria do patrimônio mínimo: assegurar a todos uma existência digna. Contudo, efetiva a aplicação desta teoria dispõe que<sup>46</sup>: “a existência possível de um patrimônio mínimo concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade, e ajusta, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos têm e mais necessitam.”

A realização desta penhora será uma forma de combater o abuso de direito e evidenciar a verdadeira finalidade da lei, que é a proteção do bem de família, ao amparar com o essencial padrão médio de vida, assegurando o mínimo existencial, e não estender a proteção além do necessário com um rigorismo que impossibilite a realização da execução de bens de alto valor.

## CONCLUSÃO

Tendo em vista os aspectos apresentados nesta pesquisa, destaca-se a relevância da evolução histórica para a implementação de textos constitucionais mais humanizados, inserindo-se nesse contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual deu ênfase ao princípio da dignidade humana como valor central ao ordenamento jurídico. Desta forma, houve a repersonalização do Direito Civil para uma releitura ao sobrepor o personalismo ao patrimonialismo para compor o Direito Civil Constitucional.

Como visto, a teoria do patrimônio mínimo corrobora com essa ideia para implementar uma igualdade substancial, partindo da premissa de que, para que se tenha uma vida digna é imprescindível possuir o mínimo existencial, logo um patrimônio mínimo que garante à

---

<sup>45</sup>ARENHART, op. cit., nota 35.

<sup>46</sup>FACHIN, op. cit., p. 278.



subsistência de todo ser humano para erradicar à miserabilidade. Contudo, os reflexos desta teoria geram precedentes importantes no ordenamento jurídico.

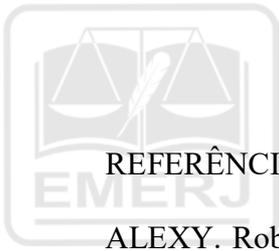
Os aspectos descritos neste artigo revelam que existe uma relação entre a teoria do patrimônio mínimo com o bem de família, previsto na Lei nº 8.009/1990, e com isso visa-se proteger o único bem imóvel da família da penhora. Houve a evolução da proteção para este bem, devido à interpretação extensiva em alguns aspectos, o que gerou entendimentos sumulados no Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, no que diz respeito à penhora parcial do bem de família de alto valor, observou-se interpretação restritiva e arcaica.

Frise-se que o Código de Processo Civil permite a penhora do bem móvel da família de alto valor, pois autoriza a penhora de bens móveis suntuosos. Todavia, não existe uma legislação específica sobre a penhora do bem imóvel, fazendo-se necessária uma regulamentação legislativa sobre a possibilidade da penhora parcial do bem imóvel de alto valor, com vista a afastar a absoluta impenhorabilidade do bem de família, e ponderar a aplicação da proteção aos casos realmente necessários.

Cabe ressaltar que a absoluta impenhorabilidade do bem de família não apresenta uma proteção concreta de todos os indivíduos, já que podem burlar com o intuito de proteger o bem de família para caracterizar um abuso ao não permitir a penhora de bens luxuosos. Isto posto, é fundamental uma maior proteção ao patrimônio, com escopo de garantir uma vida digna e um bem imóvel de padrão médio indispensável para a sobrevivência do ser humano.

Portanto, devido à inércia legislativa, é essencial a superação do precedente judicial, para evitar decisões desequilibradas e injustas, mas que atente para uma interpretação atualizada acerca da questão. Assim, compete ao magistrado transcender à aplicação literal da norma, por meio da ponderação e racionalidade, para efetivar direitos fundamentais presentes na composição jurídica, conforme a nova realidade social e os anseios comuns por decisões mais justas.

Por fim, propõe-se, a possibilidade da penhora parcial do bem de família de alto valor para garantir a aplicação da teoria do patrimônio mínimo ao resguardar o patrimônio digno para pessoa humana, o direito à moradia com imóvel de padrão médio, e ao preservar o mínimo existencial para ambas as partes do processo.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários*. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/64-artigos-jun-2008/6025-apenhorabilidade-de-imovel-de-familia-de-elevado-valor-e-de-altos-salarios>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família, com comentários à Lei n. 8.009/90*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*, de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*, de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.009*, de 29 de março de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara n° 51, de 2006*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4672972&ts=1594018713578&disposition=inline>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1.351.571*. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1534880&num\\_registro=201202267359&data=20161111&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1534880&num_registro=201202267359&data=20161111&formato=PDF)>. Acesso em: 13 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 205*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010\\_15\\_capSumula205.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula205.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 364*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012\\_32\\_capSumula364.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula364.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 486*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/docs>>



[internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2017\\_43\\_capSumulas486-490.pdf](#)>. Acesso em: 10 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei do Senado nº 8.046, de 2010*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=940448&filename=Tramitacao-EMC+358/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=940448&filename=Tramitacao-EMC+358/2011+PL602505+%3D%3E+PL+8046/2010)>. Acesso em: 15 ago. 2020.

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

CORREIA JUNIOR, José Barros; ALBURQUERQUE, Paula Falcão. O patrimônio mínimo existencial: a proteção aos bens dos indivíduos para além dos bens de família. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.) *Transformações no Direito Privado nos 30 anos de Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A excepcional possibilidade de penhora de bem imóvel de elevado valor à luz da dignidade da pessoa humana (uma proposta de nova compreensão da matéria)*. Disponível em: <<https://emporiadodireito.com.br/leitura/a-excepcional-possibilidade-de-penhora-de-bem-imovel-de-elevado-valor-a-luz-da-dignidade-da-pessoahumana-uma-proposta-de-nova-compreensao-da-materia>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LÔBO, Paulo. *Metodologia do Direito Civil Constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo (Coord.). *Direito Civil Constitucional a ressignificação da função dos institutos do Direito Civil Contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Normas constitucionais nas relações privadas*. Disponível em: <<http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoes-privadas/>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. In: \_\_\_\_\_; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

\_\_\_\_\_. *Debate com André Barros sobre a penhora de bem de família de alto valor*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/417458139/debate-com-andre-barros-sobre-a-penhora-de-bem-de-familia-de-alto-valor>>. Acesso em: 15 ago. 2020.



TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <[http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Premissas\\_metodologicas\\_constitucionalizacao\\_Direito\\_Civil\\_fls\\_37-53.pdf](http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Premissas_metodologicas_constitucionalizacao_Direito_Civil_fls_37-53.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2020.

## A COLEGIALIDADE NO STF E A EXPERIÊNCIA DO PLENÁRIO VIRTUAL

Renata Wolter

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito da Tecnologia pela Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduada em Penal e Processo Penal pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Administração de Empresas pelo IBMEC.

**Resumo** – a colegialidade nos acórdãos é um tema cada vez mais relevante, principalmente a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Os dois principais tribunais de apelação são inegavelmente e declaradamente monocráticos, por mais contraditório que isso possa parecer. Se por um lado a culpa é, de certa maneira, do dramático quantitativo processual, que só aumenta a cada ano, a busca por celeridade não pode justificar o sacrifício da qualidade da prestação jurisdicional, nesse caso específico, da colegialidade. Procurou-se no presente trabalho, analisar se a implementação do plenário virtual, especificamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ajuda à efetivação da colegialidade nas decisões.

**Palavras-chave** – Colegialidade. Julgamento. Plenário virtual. Processo Civil

**Sumário** – Introdução. 1. A colegialidade nos acórdãos é de verdade ou é uma pseudo colegialidade? 2. O plenário virtual e a eficácia da colegialidade 3. A experiência do plenário virtual no STF tem sido positiva? Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica objetiva revisar a literatura no que se refere à colegialidade dos julgamentos e, nesse contexto, investigar se a experiência da utilização do plenário virtual no âmbito do STF prestigia ou não o princípio da colegialidade e se ela tem sido positiva para a prestação jurisdicional.

O julgamento monocrático tem que se dar em situações absolutamente excepcionais, aquelas que estão expressamente previstas no artigo 932, III, IV e V do CPC. Fora disso e de uma ou outra hipótese prevista em alguma lei extravagante, como o art. 15 da Lei 12.016/09, não há julgamentos monocráticos, pois, julgamentos nos tribunais devem ser colegiados.

Frequentemente o acórdão é, na verdade, uma decisão monocrática a que os outros integrantes do colegiado simplesmente aderiram. E essa adesão ocorre muitas vezes sem que se saiba direito o que está sendo discutido, o que está sendo votado, como



nos julgamentos em lista e nos julgamentos pela ementa, por exemplo. Para que haja uma colegialidade efetiva, é necessário um comprometimento real dos magistrados que integram o órgão julgador, no sentido de prestigiar a colegialidade.

Hoje em dia temos no Brasil dois tribunais que são declaradamente monocráticos, por mais contraditório que isso possa parecer. São eles, o STJ e STF. Os casos julgados monocraticamente nesses tribunais representam a imensa maioria das decisões. Há que se considerar, no entanto, que os tribunais de nosso país vivem um drama quantitativo, no sentido que o número de processos a serem julgados pelo colegiado é muito grande. Em contrapartida, há uma preocupação com a celeridade. A combinação desses dois fatores, ou seja, a necessidade de se julgar muito e rápido acaba quase que inevitavelmente sacrificando a qualidade e, nesse caso específico, a colegialidade.

Uma maneira encontrada pelo TJ/RJ, por exemplo, para enfrentar essa questão foi a utilização do plenário virtual. Sendo os autos eletrônicos, qualquer integrante do colegiado tem acesso à íntegra dos mesmos, o voto do relator é encaminhado para os outros membros e a sessão tem uma duração muito maior do que as sessões presenciais. Com isso, os membros do colegiado têm mais tempo para analisar os autos e debater e o resultado acaba sendo fruto de um efetivo debate. Ou seja, o plenário virtual é ferramenta capaz de levar a uma melhora qualitativa da colegialidade, uma vez que a verdadeira colegialidade exige tempo de maturação do debate.

No entanto, é importante ressaltar que o plenário virtual está longe de ser uma unanimidade entre os juristas brasileiros. Críticos dessa forma de julgamento apontam a falta de publicidade, além da impossibilidade de intervenção de advogados como os maiores problemas.

O tema, portanto, merece atenção, uma vez que os tribunais contam com um acervo de processos extremamente expressivo, além de um volume de distribuição que não dá sinais de arrefecimento, fazendo com que as tradicionais sessões semanais de julgamento não sejam suficientes para dar conta do estoque processual. Somado a isso, nota-se que o uso da tecnologia não pode mais ser dissociado do dia a dia dos tribunais e, nesse contexto, ganham cada vez mais importância os julgamentos realizados no ambiente eletrônico, especialmente no chamado plenário virtual.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho buscando estabelecer se a colegialidade nos acórdãos é de verdade ou apenas uma pseudo colegialidade.

No segundo capítulo, pesquisa-se se o plenário virtual contribui para a efetivação da colegialidade nas decisões.

Sabe-se que é absolutamente fundamental, para o correto julgamento por órgão colegiado, que cada um dos fundamentos do voto do relator seja apreciado separadamente e, necessariamente, enfrentado pelos demais membros da turma julgadora, de modo que os votos “dialoguem”. Por isso, no terceiro capítulo procura-se saber se a experiência do plenário virtual, especificamente, no STF é positiva nesse sentido.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, porquanto pretende-se valer da bibliografia pertinente à temática em foco (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a tese em estudo.

## 1. A COLEGIALIDADE NOS ACÓRDÃOS É DE VERDADE OU É UMA PSEUDO COLEGIALIDADE?

Colegialidade é, em sentido abrangente, a reunião de pares para tomada de decisões, com igual peso dos votantes.

Já no direito romano, a colegialidade foi a prática de ter pelo menos duas pessoas, sempre um número par, em cada posição de magistrado do senado romano. Isso, funcionava como garantia de que em nenhuma instância, um único juiz tomasse decisões incontestáveis, já que sempre havia um igual a quem recorrer.

É importante observar, na lição de Humberto Ávila<sup>1</sup>, que os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Ou seja, os princípios são normas que estabelecem um fim a ser atingido.

Nesse contexto, o princípio da colegialidade deve ser entendido como aquele segundo o qual a competência atribuída a órgão colegiado não pode ser exercida individualmente pelos seus membros.

Ou seja, a colegialidade é um princípio que deve ser cultivado e preservado na prática deliberativa. Além da previsão e do respeito a certas normas e procedimentos de

---

<sup>1</sup>ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42.



deliberação, ela exige o empenho e a participação efetiva de todos os integrantes nos momentos deliberativos do tribunal. Pressupõe, nesse sentido, a consideração por parte de cada membro de que as decisões são tomadas por todo o colegiado, e não por suas frações ou unidades. A colegialidade é diametralmente oposta às posturas individualistas de magistrados e, portanto, pressupõe normas e procedimentos que inibam comportamentos que visem fazer sobressair sua figura ou seus atos individuais em relação ao grupo.

Na maioria dos sistemas processuais romano-germânicos, os colegiados julgadores debatem *in camera* e proclamam as decisões de público, não permitindo, porém, que divergências sejam ostensivas. No Brasil, diferentemente, são adotados debates públicos e há espaço, na proclamação de resultados, às divergências minoritárias, vencidas. Por isso, decisões colegiadas em tribunais podem ser tomadas por unanimidade ou por maioria, neste caso permitindo, em certas hipóteses, até recurso da parte sucumbente para reverter o resultado e fazer prevalecer a tese derrotada.

Existe um antigo brocardo que vem do Direito Romano e diz que o que não está nos autos não está no mundo - *quod non est in actis non est in mundo* - em outras palavras, o que está fora dos autos não existe no debate processual. No entanto, atualmente, ao se verificar a maneira como ocorrem os julgamentos, pode-se dizer que o brocardo acima foi corrompido.

Nesse cenário, a pseudo colegialidade, vem sendo justificada pela quantidade de processos nos tribunais. Ela ocorre quando as decisões, que deveriam ser efetivamente colegiadas, são proferidas monocraticamente pelo relator, sem que haja real pacificação de entendimentos sobre o caso julgado. Ou, quando a decisão fruto de uma turma é, de fato, a decisão monocrática do relator, uma vez que os demais julgadores do colegiado limitam-se a simplesmente chancelá-la com um “de acordo”.

Curiosamente, “de acordo” pode ser facilmente colocado à prova mediante uma simples pesquisa de decisões anteriores, que busque perceber se em casos similares, os julgadores, na condição de relatores, decidiram no mesmo sentido, ou em sentido diametralmente oposto.

Além disso, o uso das listas de julgamentos é uma aplicação mecânica, cada vez mais comum, infelizmente. Além de ferir a colegialidade, tais listas comprometem o pressuposto de que o diálogo processual é imprescindível na formação das decisões.



Alexandre Câmara<sup>2</sup> defende que para o correto julgamento por órgão colegiado, cada um dos fundamentos deve ser apreciado separadamente, sendo necessariamente analisados em cada um dos votos proferidos. Com isso, se em um determinado processo o relator identificar um número “x” de argumentos distintos que tenham sido suscitados é preciso que cada um dos integrantes do órgão colegiado se pronuncie separadamente sobre cada um desses argumentos, de forma a permitir que se verifique quais terão sido acolhidos e quais, conseqüentemente, terão sido rejeitados pela turma julgadora, por unanimidade ou por maioria.

O doutrinador sustenta, ainda, que para que isto funcione, é absolutamente essencial que os votos “dialoguem”. Daí, proferido o primeiro voto, os demais integrantes da turma julgadora devem enfrentar, individualmente, cada um dos fundamentos do voto do relator. E no caso de algum magistrado enfrentar algum fundamento novo, que não tenha sido apreciado nos votos anteriores, todos aqueles que já tinham votado precisam a palavra, a fim de se pronunciar sobre o novo fundamento.

A verdadeira colegialidade pressupõe que sejam debatidos todos os fundamentos determinantes da decisão. É importante que fique claro para as partes, quais foram os fundamentos da decisão que tenham sido acolhidos em votos suficientes para formar a maioria.

Nesse viés, o enunciado<sup>3</sup> n° 431 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) dispõe que:

O julgador, que aderir aos fundamentos do voto-vencedor do relator, há de seguir, por coerência, o precedente que ajudou a construir no julgamento da mesma questão em processos subsequentes, salvo se demonstrar a existência de distinção ou superação.

Ou seja, o “de acordo” deve demonstrar congruência e ser justificado. Só assim, ele poderá ser visto como uma real manifestação de que se concorda com aquele fundamento.

Por fim, Alexandre Câmara chama atenção ainda, ao fato que o art. 984, § 2º do CPC expressamente estabelece que o conteúdo do acórdão a ser proferido no julgamento

---

<sup>2</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo CPC e os Julgamentos Colegiados*. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/07/08/o-novo-cpc-e-os-julgamentos-colegiados/>. Acesso em: 23 mar. 2020.

<sup>3</sup> Instituto de Direito Contemporâneo. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2020.



de incidente de resolução de demandas repetitivas deverá abranger “a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”. Disposição idêntica, inclusive, se encontra em relação ao julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 1.038, § 3º, CPC). Seria errado pensar, porém, que só casos acima mencionados, tal exigência deva ser feita. Em todo e qualquer julgamento colegiado é preciso que todos os votos integrantes do acórdão se manifestem sobre todos os fundamentos discutidos, a fim de se viabilizar a determinação de quais foram acolhidos e quais foram rejeitados.

## 2. O PLENÁRIO VIRTUAL E A EFICÁCIA DA COLEGIALIDADE

A Emenda Constitucional n° 45/04<sup>4</sup> trouxe importantes mudanças ao Sistema Judicial brasileiro, com a criação do CNJ, além da implementação de ferramentas que buscam garantir a eficiência e a transparência da prestação jurisdicional. Entre as inovações mais importantes, a exigência de que para que fossem analisados pelo STF, as questões constitucionais abordadas nos Recursos Extraordinários, devam possuir, obrigatoriamente, repercussão geral.

A utilização do plenário virtual no STF, inicialmente objetivava decidir sobre a existência ou não de repercussão geral de controvérsia discutida em recurso extraordinário. Em seguida, alargou-se seu escopo, sendo a utilização do plenário virtual ampliada para possibilitar também o julgamento pelo órgão plenário e pelas Turmas: de agravo interno - art. 317, § 5º - e de embargos de declaração - art. 337, § 3º, ambos do RISTF<sup>5</sup>. Já em junho de 2019, autorizou-se o julgamento no âmbito virtual de medidas cautelares em ações de controle concentrado; referendums de medidas cautelares e de tutelas provisórias; recursos extraordinários e agravos, inclusive com repercussão geral reconhecida; demais classes processuais cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Mais recentemente, foi aprovada a ampliação de julgamentos em ambiente virtual prevendo, inclusive, as sustentações orais gravadas. Porém, a grande preocupação do uso

<sup>4</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional n° 45/04*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 07 de abr. 2020.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2020.



desenfreado e alargado de tal meio sucedeu recentemente com a necessidade de quarentena e isolamento decorrentes da pandemia (covid-19).

Ressalte-se que o CNJ<sup>6</sup>, em 2015, decidiu que os outros Tribunais do país poderiam aderir ao julgamento virtual, desde que observadas as garantias constitucionais e legais do processo. Dessa forma, aos poucos, os Tribunais Superiores e de Apelação passaram a adotar esse novo tipo de procedimento.

No tocante, especificamente, ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a matéria foi tratada pela Resolução<sup>7</sup> TJ/OE n° 05/16 que alterou o art. 60 - A de seu regimento interno e determinou que após terem sido intimadas, as partes têm um prazo de 10 dias para oferecer objeção ao julgamento virtual. Vejamos: “os recursos e ações originárias poderão ser julgados eletronicamente, a critério do órgão julgador, desde que as partes, intimadas na forma da lei, no prazo mínimo de dez dias, não ofereçam objeção.”

Para mais, com o consentimento das partes, recursos e ações originárias poderão ser julgados eletronicamente, a critério do órgão julgador e, nesse caso, permite-se que os advogados apresentem memoriais aos julgadores até o dia da sessão virtual, cujas datas e pauta serão publicadas, com a intimação dos advogados. Ressalte-se que o relator terá prazo de até 48h da sessão disponibilizar o seu voto no site do sistema eletrônico de julgamento, para que os demais julgadores manifestem sua concordância ou discordância. Neste último caso, o julgamento terá que ser presencial, em sessão imediatamente posterior.

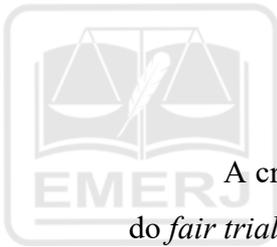
Dentre as vantagens do plenário Virtual está o seu funcionamento 24 horas por dia, o que possibilita que os ministros o acessem de forma remota, permitindo a votação mesmo estando fora de seus gabinetes. Tal fato, além de dar agilidade à análise de temas relevantes, evita a sobrecarga do plenário físico.

Não obstante se reconheça uma evolução na ideia de transparência dos julgamentos trazidas por essas novas orientações o instituto do plenário virtual, para se tornar legítimo à luz dos direitos fundamentais processuais, ainda precisa ser aprimorado.

---

<sup>6</sup> CONJUR. *Julgamentos virtuais, útil e discreta reforma do processo civil*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/cnj-julgamento-virtual.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2020. COLOCAR NAS REFERÊNCIAS.

<sup>7</sup> OABRJ. *Tribunal de Justiça regulamenta o julgamento virtual*. Disponível em: <<https://www.oabrj.org.br/noticias/tribunal-justica-regulamenta-julgamento-virtual#:~:text=O%20%C3%93rg%C3%A3o%20Especial%20do%20Tribunal,e%20regulamentando%20os%20julgamentos%20virtuais.>>>. Acesso em: 14 ago. 2020.



A crítica mais comum feita ao referido instituto refere-se à violação do princípio do *fair trial*. Sobre o art. 5º, LIV, da CRFB/88, assinala a doutrina<sup>8</sup>:

[...] o direito ao processo justo conta, pois, com um perfil mínimo. [...] constitui processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral [...]

A grande crítica que deve ser feita ao plenário virtual é que ele possibilita apenas votações. É verdade que há a vantagem de tornar mais simples e rápidas as votações sobre existência ou não de repercussão geral, afirmação de jurisprudência, provimento ou desprovimento de agravos internos e embargos de declaração, mas é só isso.

E aqui cumpre ressaltar que votação não equivale à deliberação. Votar é decidir. Deliberar é trocar razões, testar e desafiar argumentos, para então se tomar uma decisão e votar.<sup>9</sup>

Meios eletrônicos e plataformas virtuais podem e devem propiciar a deliberação. Mas se a ferramenta, no entanto, oferece apenas possibilidades binárias de votação, ou seja, “sim” ou “não”; “provimento” ou “desprovimento”, ou apenas a oportunidade de inserção de arquivo com as razões de um voto, deixa-se de lado uma potencialidade que poderia aprimorar o desempenho colegiado e deliberativo dos ministros e do Tribunal. Com isso, perde-se muito.

### 3. A EXPERIÊNCIA DO PLENÁRIO VIRTUAL NO STF TEM SIDO POSITIVA?

Como visto, o plenário virtual do STF, foi criado para que os ministros pudessem apreciar a existência do pré-requisito para admissibilidade do Recurso Extraordinário. Seu funcionamento era simples: a partir do momento que um tema era incluído no sistema, os ministros tinham 20 dias para votar e somente com a manifestação expressa de dois terços de seus membros (oito votos) poderia o STF recusar a existência de repercussão geral.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 615 e ss.

<sup>9</sup> MENDES, Conrado Hübner; GODOY, Miguel Gualano de. *Plenário Virtual no Supremo: reforço de um tribunal de solistas*. Disponível em <<https://www.jota.info/stf/supra/plenario-virtual-no-supremo-reforco-de-um-tribunal-de-solistas-26062019>>. Acesso em: 27 ago. 2019.



Segundo Luis Roberto Barroso<sup>10</sup> um dos três grandes gargalos no Supremo Tribunal Federal é precisamente o congestionamento do plenário físico. Para ele, tal problema compromete tanto a funcionalidade quanto a celeridade na atuação do STF.

Daí, com o objetivo de alterar esse cenário, em 2016 a Emenda Regimental<sup>11</sup> n° 51/16 ampliou o escopo das matérias que podem ser julgadas em ambiente eletrônico, passando a permitir o julgamento do Agravo Interno e dos Embargos de Declaração. Em momento posterior, a Emenda Regimental<sup>12</sup> n° 53/20 estabeleceu que até a constitucionalidade de leis poderá ser julgada eletronicamente. Na prática, podem ser submetidas à Corte em plenário virtual medidas cautelares em ações de controle concentrado, ou seja, ADI, ADO, ADPF e ADC, referendo de medidas cautelares e de tutelas provisórias e outras classes processuais que tenham jurisprudência pacífica na Corte.

Assim, estabelece o artigo 21-B do RISTF<sup>13</sup>:

Todos os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico (...)  
§ 1º Serão julgados preferencialmente em ambiente eletrônico os seguintes processos: (Redação dada pela Emenda Regimental n. 53, de 18 de março de 2020)

I – agravos internos, agravos regimentais e embargos de declaração; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 53, de 18 de março de 2020)

II – medidas cautelares em ações de controle concentrado; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 53, de 18 de março de 2020)

III – referendo de medidas cautelares e de tutelas provisórias; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 53, de 18 de março de 2020)

IV – demais classes processuais, inclusive recursos com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 53, de 18 de março de 2020) [...].

Além das mudanças acima mencionadas, uma das alterações mais relevantes foi imposta pela Emenda Regimental<sup>14</sup> n° 54/20, que acabou com a revelia jurisdicional ao

<sup>10</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/08/Mudancas-no-funcionamento-do-STF.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Emenda Regimental n° 51/16*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL051-2016.PDF>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Emenda Regimental n° 53/20*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Emenda53.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Emenda Regimental n° 54*. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20200702\\_168.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20200702_168.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2020.



determinar que, em caso de não votação, dentro do prazo regimental, constará no placar de julgamento “ausente” ao invés de computar a inaceitável fórmula de adesão automática ao voto do relator, então prevista na Resolução<sup>15</sup> n° 642/19. Ou seja, nas sessões virtuais só serão computados os votos expressamente manifestados pelos ministros no prazo do julgamento. Por fim, corrigiu-se o problema de ausência de participações de ministros nos julgamentos virtuais, na medida em que se não houver quórum mínimo para a realização da sessão ou para votação de matéria constitucional, o julgamento será suspenso e incluído na sessão virtual seguinte, para que os ministros ausentes possam se manifestar, conforme a Resolução<sup>16</sup> n° 690/20.

A análise pura e simples das estatísticas do STF, no ano de 2019, mostra uma melhora da produtividade no Tribunal. Segundo dados oficiais<sup>17</sup> o ano fechou com 30.662 julgamentos na fila, o que representa uma redução de 20,7% em relação ao ano anterior e o menor acervo dos últimos 20 anos. Segundo Dias Toffoli<sup>18</sup>, a alta produtividade é resultado da combinação de quatro fatores, entre os quais a ampliação do uso do plenário virtual.

No formato atual, o ministro adentra ao plenário virtual para verificar os processos que precisam de decisão e então vota. Sozinho, individualmente, sem trocar argumentos com seus pares. A tarefa judicante dos ministros no plenário virtual torna-se célere, mas essencialmente solista.<sup>19</sup> O que, justamente, tende a aprofundar a individualidade e dificultar a deliberação.

Ou seja, a mera votação, *per se*, não caracteriza uma deliberação do órgão colegiado, prejudicando, inegavelmente, o controle da decisão pelas partes, uma vez que apenas o voto do relator é acompanhado de fundamentação verificável. Não por outro motivo, acaba-se, neste contexto, rompendo com a garantia prevista no artigo 5º, inciso

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução n° 642/19*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO642-2019.PDF>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução n° 690/20*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO690-2020.PDF>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pautainicio>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

<sup>18</sup> CONJUR. *STF fecha 2019 com acervo de 30,6 mil processos, redução anual de 20,7%*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-17/stf-fecha-2019-306-mil-processos-20-2018#:~:text=STF%20fecha%202019%20com%20acervo,redu%C3%A7%C3%A3o%20anual%20de%2020%2C7%25&text=Entre%202018%20e%202019%2C%20o,de%20processos%20a%20serem%20julgados.&text=3%2C5%20mil%20processos%20foram,e%20259%20em%20sess%C3%B5es%20presenciais>> Acesso em: 22 jul. 2020.

<sup>19</sup> MENDES; GODOY, op. cit.



XXXV, da CRFB/88. Afinal, a colegialidade que caracteriza o julgamento nas instâncias superiores e assim garante firmemente o duplo grau de jurisdição em matéria recursal é ficta. Trata-se, como visto antes, da chamada pseudo colegialidade.

Assim, o uso do plenário virtual pelo órgão Plenário e pelas duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, no atual modelo, carece do caráter de deliberação e transparência – devendo, portanto, ser aperfeiçoado. Uma vez que os julgamentos não são transparentes, visto que não há a deliberação do colegiado, eles permitem o *non liquet* e não respeitam direitos processuais fundamentais.

Nesse sentido, faz-se necessário invocar as lições de Miguel Reale Junior<sup>20</sup> na tentativa de evitar que julgamentos virtuais sejam o novo normal e não realizem justiça; afinal, “não há nada pior que a injustiça célere, que é a pior forma de denegação de justiça”.

É oportuno ressaltar ainda, que os comandos julgados na Corte Constitucional possuem força normativa coercitiva e não merecem flexibilização nem em virtude da constante sobrecarga de processos, nem em razão da adoção de medidas urgentes fruto da pandemia que se enfrenta.

Por fim, na visão do atual presidente do STF e do CNJ, é inevitável que o Poder Judiciário se reinvente para se adequar à nova era da informação. Nas suas palavras<sup>21</sup>:

No futuro, os fóruns não necessitarão de espaços físicos, pois todos os serviços serão oferecidos on-line. Isso tende a diminuir muito as despesas, pois tudo estará disponível na Internet. O alinhamento entre a inteligência humana e artificial também melhorará o gerenciamento de processos e de recursos humanos. Os robôs realizam em segundos o trabalho de centenas de funcionários.

Logo, é-se levado a concluir que o julgamento no plenário virtual é somente a primeira mudança significativa, na prestação jurisdicional do século XXI. Na atual era da informação, muito mais ainda está por vir. Há quem fale, inclusive, que num futuro não muito distante os julgamentos serão feitos por robôs, com uso da Inteligência Artificial. É esperar para ver.

---

<sup>20</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. Valores fundamentais da Reforma do Judiciário. *Revista do Advogado*, SP, v. 24, n.º 75, p. 78-82, abr. 2004.

<sup>21</sup> G1. CNJ autoriza tribunais a adotarem juízo 100% digital. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/06/cnj-autoriza-tribunais-a-adotarem-juizo-100percent-digital.ghtml>>. Acesso em: 06 out. 2020.

A primeira e mais importante conclusão a que se chega no presente trabalho é a que o plenário virtual de fato, contribui para o aumento da eficiência na resposta do Poder Judiciário ao cidadão. Muito ainda tem que ser corrigido e aperfeiçoado, mas é incontestável que se trata de uma ferramenta importante para uma boa prestação jurisdicional.

É de se destacar que se, de um lado, os meios eletrônicos e plataformas virtuais são uma realidade inafastável no cotidiano forense, por outro lado, devem ser utilizadas em favor de uma prestação jurisdicional não apenas célere, mas principalmente colegiada, deliberativa e transparente, comprometida com os princípios do processo justo e da motivação das decisões judiciais.

Não há dúvida de que o plenário virtual tem a potencialidade de ser uma extensão do plenário físico e, com isso, aprimorar a prestação jurisdicional do STF. Mas é preciso entregar bem mais do que a desejada celeridade, é preciso reduzir a individualidade das decisões e fazer prevalecer o elemento mais importante desses julgamentos, qual seja, a efetiva e tão necessária colegialidade.

O que deve ser buscado é justamente a transformação de um tribunal de decisões individuais em um tribunal mais colegiado e deliberativo. Fato que, certamente, não ocorrerá com a manutenção de sua lógica binária de funcionamento.

O plenário virtual deve ser um palco de discussões e debates, um local onde as decisões sejam ponderadas, deliberadas de verdade, onde os votos dialoguem e, mais do que isso, onde cada um dos fundamentos apresentados pelo relator seja individualmente enfrentado pelos demais membros daquela Corte. Sem isso, não há como se ter uma legítima prestação colegiada.

Finalmente, é possível encontrar quem defenda que o julgamento no plenário virtual não é tão transparente como no plenário físico e que a celeridade pode comprometer a qualidade das decisões proferidas, entre outras tantas críticas. Porém, o que se percebe na verdade, é que a análise virtual de recursos nos Tribunais colegiados, é uma realidade que tende a crescer. Apesar das críticas e das melhorias que ainda se fazem necessárias, são muitas as vantagens do uso do plenário virtual, como por exemplo, menor formalismo, acesso remoto 24h por dia, agilização do processo, economia de gastos com servidores, mobilidade urbana das partes e de seus procuradores. Mais do que

isso, num mundo onde a tecnologia está cada vez mais presente na vida de todos, pode-se dizer que o uso do plenário virtual é um caminho sem volta e, apenas uma das primeiras, senão a primeira, grande mudança nesse sentido.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/08/Mudancas-no-funcionamento-do-STF.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 07 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 45/04*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 07 de abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Emenda Regimental nº 51/16*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL051-2016.PDF>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Emenda Regimental nº 53/20*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Emenda53.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Emenda Regimental nº 54/20*. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20200702\\_168.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20200702_168.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pautainicio>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Resolução nº 642/19*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO642-2019.PDF>>. Acesso em: 20 ago. 2020.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Resolução n° 690/20*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO690-2020.PDF>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Regimento Interno*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18661/regi-interno-vigor.pdf?=11>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_. *O novo CPC e os Julgamentos Colegiados*. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/07/08/o-novo-cpc-e-os-julgamentos-colegiados/>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

CONJUR. *Julgamentos virtuais, útil e discreta reforma do processo civil*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/cnj-julgamento-virtual.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2020. COLOCAR NAS REFERÊNCIAS.

\_\_\_\_\_. *STF fecha 2019 com acervo de 30,6 mil processos, redução anual de 20,7%*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-dez-17/stf-fecha-2019-306-mil-processos-20-2018#:~:text=STF%20fecha%202019%20com%20acervo,redu%C3%A7%C3%A3o%20anual%20de%2020%2C7%25&text=Entre%202018%20e%202019%2C%20o,de%20p rocessos%20a%20serem%20julgados.&text=3%2C5%20mil%20processos%20foram,e %20259%20em%20sess%C3%B5es%20presenciais>> Acesso em: 22 jul. 2020.

DIDIER, Fredie; PEIXOTO, Ravi. *Novo Código de Processo Civil: comparativo com o código de 1973*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2016.

G1. *CNJ autoriza tribunais a adotarem juízo 100% digital*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/06/cnj-autoriza-tribunais-a-adotarem-juizo-100percent-digital.ghtml>>. Acesso em: 06 out. 2020.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Processo Civil*. 4 ed. Niterói: Impetus, 2017.

Instituto de Direito Contemporâneo. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 6 mai. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Rio de Janeiro: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Rio de Janeiro: RT, 2017.

MENDES, Conrado Hübner; GODOY, Miguel Gualano de. *Plenário Virtual no Supremo: reforço de um tribunal de solistas*. Disponível em:

<<https://www.jota.info/stf/supra/plenario-virtual-no-supremo-reforco-de-um-tribunal-de-solistas-26062019>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodium, 2016.

OABRJ. *Tribunal de Justiça regulamenta o julgamento virtual*. Disponível em: <<https://www.oabrj.org.br/noticias/tribunal-justica-regulamenta-julgamento-virtual#:~:text=O%20%C3%93rg%C3%A3o%20Especial%20do%20Tribunal,e%20regulamentando%20os%20julgamentos%20virtuais.>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

REALE JÚNIOR, Miguel. Valores fundamentais da Reforma do Judiciário. *Revista do Advogado*, SP, v. 24, n° 75, p. 78-82, abr. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

\_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 20. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina, 2019.



## IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Roberta Ferreira Rodrigues

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-Graduada em Economia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Especialista em Regulação da Atividade Cinematográfica e Audiovisual.

**Resumo** – o direito à liberdade de expressão é um direito assegurado constitucionalmente e essencial ao Estado Democrático de Direito. Em que pese a sua essencialidade, por vezes esse direito é violado de formas não tão claras. Em muitos cenários, notadamente, em seu viés artístico e criativo, o exercício desse direito ainda sofre restrições indevidas, por vezes pelos próprios agentes públicos. Tais violações podem ensejar a prática de atos de improbidade administrativa. O trabalho pretende abordar a forma como se dará essa configuração.

**Palavras-chave** – Liberdade de expressão. Liberdade de expressão e arte. A autonomia da Ancine como agência reguladora na atividade de Fomento ao Audiovisual. Improbidade Administrativa.

**Sumário** – Introdução. 1. Liberdade de expressão artística e criativa. 2. A autonomia da Ancine como agência reguladora na atividade de Fomento ao Audiovisual. 3. Violação à liberdade de expressão como ato de improbidade administrativa. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico procura trazer uma abordagem do direito à liberdade de expressão no campo da regulação do audiovisual brasileiro por meio de fomento público pela Agência Nacional do Cinema (Ancine). Para tanto, considera o exercício da característica da autonomia da Ancine como agência reguladora, especialmente à luz dos novos dispositivos legais trazidos Lei nº 13.848/2019.

Assim, o propósito é avaliar a existência de limites ao exercício da autonomia decisória e discricionariedade técnica no campo do fomento ao audiovisual no que tange ao exercício pleno do direito à liberdade de expressão artística.

O direito à liberdade de expressão é previsto no rol de direitos fundamentais no art. 5º da Constituição da República. Constitui-se em direito que, além de albergar a liberdade artística e de comunicação, também veda a censura. Assim, questiona-se é possível restringir o direito à liberdade de expressão no exercício do fomento público ao audiovisual brasileiro? Tal restrição



poderia ocorrer por meio de flexibilização à autonomia decisória da agência reguladora pelo ente central?

Recentemente, o tema foi ventilado em algumas decisões do Ministério ao qual a Ancine é vinculada, acerca de suspensão de editais temáticos, além de ações judiciais em face do Ministério. No entanto, há pouca doutrina e jurisprudência específica sobre o tema, na medida em que é uma questão eminentemente prática e muito relacionada ao exercício da atividade regulatória de fomento exercida pela Ancine.

O primeiro capítulo busca contextualizar e explicar o conteúdo do direito à liberdade de expressão e seus diferentes vieses, partindo do conceito dado pela Constituição.

Já o segundo capítulo explica o exercício da atividade de fomento pela Ancine como agência reguladora. Esclarece ainda a característica da autonomia à luz da Lei nº 13.848/2019, especialmente a autonomia decisória e o exercício da discricionariedade técnica, aprofundando esses conceitos e verificando sua importância na consecução dos objetivos legais da Ancine.

O terceiro capítulo procura investigar em que medida a interferência política mitiga a autonomia técnica da Ancine no exercício da atividade de fomento e, conseqüentemente relativiza o exercício do direito à liberdade de expressão artística nos projetos audiovisuais brasileiros. Permite ainda determinar o quanto isso pode ser prejudicial na consecução do objetivo de estimular a diversificação da produção audiovisual brasileira.

A pesquisa se desenvolve com base no método hipotético-dedutivo, uma vez que se pretende construir e elencar um conjunto de hipóteses, que entende serem adequadas para a análise do tema objeto da pesquisa, a fim de acolhê-las ou afastá-las de acordo com a argumentação trazida.

A abordagem será qualitativa e exploratória, na medida em que a partir da exploração por meio de bibliografia, notícias, ações judiciais e atuação prática da atividade de fomento audiovisual.

## 1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA E CRIATIVA

Ao lado da igualdade, a liberdade constitui a dupla de elementos essenciais do conceito de dignidade humana. Isso porque, o exercício das liberdades pelo ser humano constitui premissa para o exercício pleno de sua dignidade, na medida em que permite sua busca por autorrealização e a escolha dos meios que entende necessários a realizar suas potencialidades como indivíduo ou em sua perspectiva como ator social.



A liberdade de expressão como liberdade exercida pelo ser humano constitui-se basicamente na liberdade de buscar, receber e divulgar informações e ideias sob qualquer forma de transmissão. Assim, permite o livre debate de ideias e opiniões e o efetivo desenvolvimento do processo democrático. Como sintetizam Branco e Mendes<sup>1</sup> “O pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre”.

Além disso, a liberdade de expressão constitui premissa para o exercício de outras liberdades e de outros direitos, na medida em que o livre debate de ideias e opiniões pelos diversos atores sociais efetivamente contribui para a consolidação e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

A Constituição da República no capítulo que trata “Da comunicação social” no art. 220 e 221<sup>2</sup> dispõe:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Esse dispositivo especialmente voltado à comunicação social também traz expressamente a vedação a censura. A preocupação do constituinte se deve ao histórico de ditadura no Brasil e a violação do direito à liberdade de expressão que acompanhou esse período.

A vedação à censura é tida como uma vedação dirigida ao Estado, ou seja, o Estado deve se abster de estabelecer quais opiniões, pensamentos ou ideias serão tidos como válidos ou aceitáveis e aptos a serem transmitidos, veiculados ou expressados. Não cabe ação governamental prévia a fim de impedir a transmissão do conteúdo de uma mensagem.

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 297.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 01 jul. 2020.

O art. 5º, IX da Constituição<sup>3</sup>, em especial, traz uma redação bem abrangente, de onde é possível extrair que um quadro, uma fotografia, uma música, um texto, um comportamento, um filme, são todos considerados formas de expressão de ideias e sentimentos protegidas pelo direito à liberdade de expressão.

O STF já decidiu um caso em que um diretor de teatro, após ser vaiado ao término de sua peça, simulou um ato de masturbação e mostrou as nádegas para os expectadores presentes<sup>4</sup>. Assim, foi processado pelo crime previsto no art. 233 do Código Penal<sup>5</sup>, que consiste na prática de ato obsceno em local público contra o pudor público e constitui crime contra o pudor público.

Os fundamentos do *Habeas Corpus* impetrado em favor do diretor, conforme se verifica do relatório no processo destacavam:

- a) Atipicidade da conduta descrita na inicial, pois o conceito de pudor público, deve ser interpretado de acordo com o local e circunstâncias em que a conduta foi praticada;
- b) Relatividade do grau ofensivo da nudez humana e do conceito de ato obsceno nos dias atuais;
- c) Ausência de conotação sexual na atitude do paciente, mas sim de desprezo pelo público que o vaiava.

Ao final da votação, o julgado ficou assim ementado<sup>6</sup>:

EMENTA: Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do habeas corpus

<sup>3</sup> *Ibidem*. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 83996/RJ*. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sju\\_r94833/false](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sju_r94833/false). Acesso em: 22 set. 2020.

<sup>5</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 24 nov. 2020.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 83996/RJ*. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sju\\_r94833/false](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sju_r94833/false). Acesso em: 22 set. 2020.



O que se verifica desse julgado é exatamente a questão do espaço ou contexto em que foi praticado o ato. A prática se deu no contexto do exercício da liberdade de expressão do diretor da peça, ao ser vaiado, ou seja, é uma decorrência do exercício da liberdade artística consubstanciada na encenação da sua peça teatral em si, especialmente considerando que parte de sua reação às críticas, foi reencenação de uns dos personagens da peça.

Como se destaca da ementa, “[...] a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada.” Deixa claro, portanto, que o direito à liberdade de expressão se torna mais relevante sobretudo no contexto de tutelar as manifestações de opiniões contrárias as da maioria, inesperadas, chocantes, diferentes. E mais ainda, no contexto da liberdade artística.

Mais recentemente, a mostra *Queermuseu – Cartografias da Diferença na Arte Brasileira*, foi cancelada pelo Santander Cultural em Porto Alegre, após protestos que a associavam à promoção da blasfêmia à símbolos religiosos, pedofilia e zoofilia<sup>7</sup>.

A questão que se coloca é que as obras artísticas tinham (têm) o intuito de provocar reflexões sobre os temas retratadas. A obra de arte não é uma declaração ou afirmação em um sentido ou outro. A interpretação da arte não se esgota na obra, mas se associa com a percepção sobre aquela obra de cada expectador social individualmente com suas crenças e vivências. Por meio da arte, a sociedade muda, evolui.

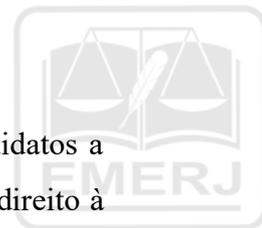
No entanto, a notícia destaca que não havia classificação indicativa para a exposição. Isso talvez pudesse ter evitado a polêmica das críticas que culminaram no cancelamento da exposição pelo Santander Cultural.

Quando a exposição veio para o Rio de Janeiro, houve uma liminar impedindo que fosse frequentada por menores de 14 anos. No entanto, a liminar foi objeto de agravo de instrumento e acabou sendo cassada pelo Tribunal nos termos do voto do desembargador que esclarece, em linha com o Ministério da Justiça, que a classificação é meramente indicativa e que o país garante a liberdade de manifestação artística<sup>8</sup>:

Muito menos é possível se proibir a entrada de menores na faixa etária não recomendada em lugares de diversão pública ou espetáculos ou se condicioná-la à presença de pais ou responsáveis, certo que os titulares do poder familiar é que podem proibir, limitar, condicionar ou liberar o acesso daqueles sobre quem o exercem. São eles os juízes dessa conveniência, sujeitos às sanções do mau uso da potestade”, diz o texto da decisão.

<sup>7</sup> MENDONÇA, Heloísa. *Queermuseu*: O dia em que a intolerância pegou uma exposição para Cristo. Disponível em: [https://brasil.eipais.com/brasil/2017/09/11/politica/1505164425\\_555164.html](https://brasil.eipais.com/brasil/2017/09/11/politica/1505164425_555164.html). Acesso em: 01 jul. 2020.

<sup>8</sup> CONJUR. *TJ-RJ permite que menores de 14 anos visitem mostra com nudez*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-21/tj-rj-permite-menores-14-anos-visitem-mostra-nudez>. Acesso em: 24 nov. 2020



Em um caso de programa humorístico que veiculava críticas e sátiras a candidatos a cargos políticos, o Supremo Tribunal Federal (STF) teve oportunidade de analisar o direito à liberdade de expressão no julgamento da Adin nº 4451<sup>9</sup>. A decisão declarou inconstitucionais dispositivos da legislação eleitoral que estabeleciam prévia ingerência estatal no direito de criticar durante o processo eleitoral, por entender que tais dispositivos cerceavam o exercício pleno da liberdade de expressão, especialmente no tocante a liberdade artística de criação humorística. Destaca-se os trechos mais relevantes abaixo<sup>10</sup>:

1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. (...) 3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. (...) 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional.

Nesse contexto, de diversos meios de exercício da liberdade de expressão, o meio audiovisual como forma de transmissão de ideias tem excepcional relevância, especialmente considerando que no Brasil, ainda existem 11 milhões de analfabetos<sup>11</sup>. Assim, o audiovisual permite a propagação de ideias, críticas, opiniões, cultura, diversidade de perspectivas e ideias, sendo um meio que permite incluir aqueles que não sabem ler nem escrever.

## 2. A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE DE FOMENTO AO AUDIOVISUAL

Criada pela MP 2228/01<sup>12</sup> e constituída sob a forma de autarquia especial, a Agência Nacional do Cinema - ANCINE é a agência reguladora responsável pelo fomento, regulação e fiscalização da atividade cinematográfica e audiovisual no Brasil.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Adin nº 4451*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incide nte=3938343>. Acesso em: 01 jul. 2020.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> AGÊNCIA BRASIL. *Analfabetismo cai, mas Brasil ainda tem 11 milhões sem ler e escrever*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa-cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos> Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>12</sup> BRASIL. *MP nº 2.228/01*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/2228-1.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2228-1.htm). Acesso em: 24 nov. 2020.



Do ponto de vista constitucional, a Ancine encontra fundamento no art. 174 da Constituição da República que dispõe sobre o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Além disso, a recente Lei nº 13.848/2019, conhecida como novo marco legal das Agências Reguladoras buscou uniformizar o tratamento entre todas as Agências Reguladoras, trazendo várias disposições específicas e sedimentando conceitos doutrinários.

Nesse sentido, a Lei nº 13.848/2019<sup>13</sup>, conhecida como marco regulatório das Agências Reguladoras em seu art. 3º elenca as características que compõem as autarquias especiais, denominadas agências reguladoras:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

A autonomia é característica presente em todas as agências reguladoras e busca garantir o pleno exercício de suas competências, sem que haja ingerência do ente direto da Administração Pública. Assim, a autonomia administrativa é definida a partir de duas características, a estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras e a impossibilidade de recurso hierárquico impróprio contra suas decisões.

No que tange a estabilidade de seus dirigentes, a Lei nº 13.848/2019 alterou a Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre os recursos humanos das agências e em seu art. 5º traz os requisitos para seus dirigentes. O novo artigo 5º exige experiência profissional mínima, de 10 (dez) anos no campo de atuação da agência reguladora ou em área a ela conexa, ou ainda ocupação de cargos de direção por 4 (quatro) anos no campo de atuação da agência reguladora<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei nº 13.848*, de 25 de junho de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm). Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

Art. 5º O Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) serão brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade, devendo ser atendidos 1 (um) dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, o inciso II:

I - ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexa, em função de direção superior; ou  
b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:



Os requisitos são bastante rígidos, de modo a prover a agência com dirigentes com experiência no campo de regulação, conferindo maior autonomia técnica e decisória ao órgão deliberativo da agência.

A outra característica explorada é a impossibilidade de recurso hierárquico impróprio. Não há subordinação hierárquica entre a Agência Reguladora e a Administração Direta, e, portanto, não há sentido em possibilitar a existência de recurso hierárquico. O objetivo é assegurar que a decisão final na esfera administrativa seja da Agência Reguladora.

Dessa forma, a legislação caminha para conferir maior autonomia técnica e decisória da agência, privilegiando a decisões regulatórias eminentemente técnicas, característica essencial das agências reguladoras, e, diminuindo a intervenção estatal direta na atividade regulada.

A MP 2228/2001<sup>15</sup>, diploma que criou a Ancine, estabelece como seus objetivos no art. 6º, *in verbis*:

Art. 6º A ANCINE terá por objetivos:

I - promover a cultura nacional e a língua portuguesa mediante o estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional em sua área de atuação;

II - promover a integração programática, econômica e financeira de atividades governamentais relacionadas à indústria cinematográfica e videofonográfica;

(...)

VI - estimular a diversificação da produção cinematográfica e videofonográfica nacional e o fortalecimento da produção independente e das produções regionais com vistas ao incremento de sua oferta e à melhoria permanente de seus padrões de qualidade;

VII - estimular a universalização do acesso às obras cinematográficas e videofonográficas, em especial as nacionais;

Assim, a Ancine tem entre seus objetivos a promoção da cultura nacional e estímulo à diversificação da produção audiovisual brasileira, os quais são executados por meio da atividade de fomento ao audiovisual. Segundo definição do Rafael Oliveira<sup>16</sup>, “O fomento

---

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; ou

c) 10 (dez) anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; e

II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado.

<sup>15</sup> BRASIL. MP nº 2.228/01. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/2228-1.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2228-1.htm). Acesso em: 24 nov. 2020.

<sup>16</sup> OLIVEIRA. Rafael de Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 841 [ebook].



público pode ser definido como incentivos estatais, positivos ou negativos, que induzem ou condicionam a prática de atividades desenvolvidas em determinados setores econômicos e sociais, com o intuito de satisfazer o interesse público”.

Para o exercício dessas competências, a Ancine conta com mecanismos de fomento indireto (renúncia fiscal) e direto (Fundo Setorial do Audiovisual).

Os mecanismos de incentivo indireto (Lei Rouanet nº 8.313/91, Lei do Audiovisual nº 8.685/93 e MP nº 2228-1/01) permitem que os contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, tenham abatimento ou isenção de determinados tributos, desde que direcionem recursos, por meio de patrocínio, coprodução ou investimento, a projetos audiovisuais aprovados na ANCINE.

Já o fomento direto se dá basicamente por meio do Fundo Setorial do Audiovisual, com o apoio a projetos por meio de editais e seleções públicas, de natureza seletiva ou automática, com base no desempenho da obra no mercado ou em festivais.

No exercício dessa atividade, a Ancine possui uma série de Instruções Normativas que disciplinam os critérios de avaliação dos projetos audiovisuais<sup>17</sup>, além da disciplina de avaliação estabelecida pelos editais de financiamento do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA).

Os editais do FSA são elaborados de acordo com critérios definidos por um Comitê Gestor do FSA, em conformidade com o planejamento do Conselho Superior de Cinema, órgão colegiado composto por representantes de diversos setores da indústria audiovisual nacional, por representantes da sociedade civil e por técnicos e dirigentes governamentais.

Segundo a Lei nº 11.437/06, o Comitê Gestor do FSA possui a atribuição de definir as diretrizes e o plano anual de investimentos do Fundo Setorial do Audiovisual, selecionando as áreas prioritárias para aplicação de recursos do FSA<sup>18</sup>. É também atribuição do Comitê Gestor, conforme Decreto nº 6.299/07, que regulamenta a Lei nº 11.437/06, estabelecer normas e critérios para (i) a apresentação das propostas de projetos; (ii) os parâmetros de julgamento; e (iii) os limites de valor financeiro.

Assim, a política pública é definida em conjunto pelo Comitê Gestor e executada pela Ancine no exercício de suas competências legais.

<sup>17</sup> ANCINE. *Instruções Normativas Consolidadas*. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/pt-br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas> Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei nº 11.437*, de 28 de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111437.htm). Acesso em: 12 out. 2020.

Art. 5º Será constituído o Comitê Gestor dos recursos a que se refere o art. 2º desta Lei, com a finalidade de estabelecer as diretrizes e definir o plano anual de investimentos, acompanhar a implementação das ações e avaliar, anualmente, os resultados alcançados, tendo como secretaria-executiva da categoria de programação específica a que se refere o art. 1º desta Lei a Ancine e como agente financeiro o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES ou outras instituições financeiras credenciadas pelo Comitê Gestor.



Importante destacar que além das normas previstas na Constituição, a norma instituidora da Ancine, MP 2228/2001, em seu art. 7º, ao delinear suas competências, determina que as atividades de fomento ao audiovisual nacional serão reguladas, resguardando a livre manifestação do pensamento, criação, expressão e informação:

Art. 7º A ANCINE terá as seguintes competências:

V - regular, na forma da lei, as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, resguardando a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação;

Dessa forma, as Instruções Normativas que regulam a atividade de fomento, buscam verificar requisitos para a execução, tais como documentos necessários para captação de recursos, adequação contábil e orçamentária dos projetos audiovisuais, análise do desenho da produção à luz do orçamento apresentado, cronograma de execução do projeto, entre outros<sup>19</sup>. No entanto, não há análise sobre o conteúdo a ser explorado pelo projeto audiovisual, sob pena de violar o direito à liberdade de expressão.

Definir arte ou liberdade artística é tarefa praticamente impossível, na medida em que a definição pode limitar tanto a expressão do artista como a impressão que terceiros venham ter de sua obra. O Tribunal Constitucional Federal alemão no julgamento do caso Mephisto em 1971 trouxe algumas considerações possíveis para a atividade artística:

O essencial da atividade artística é a livre conformação criadora, na qual as impressões, experiências e vivências do artista são trazidas para a contemplação direta, por meio de uma determinada linguagem das formas. Toda a atividade artística é um entrelaçamento de processos conscientes e inconscientes que não podem ser dissolvidos racionalmente. Na criação artística atuam conjuntamente intuição, fantasia e compreensão da arte; não é primariamente comunicação, mas expressão, a expressão mais direta da personalidade individual do artista.

Ainda assim, as considerações do Tribunal alemão se propõem somente a nortear parte da interpretação ou definição da atividade artística, não sendo possível extrair um conceito estanque de arte. Isso porque é inerente à arte e, tal como descrito no trecho acima, a substância da liberdade e a abertura em sua interpretação que está em constante evolução, seja pelo lado do artista, seja pelo lado da sociedade, seu destinatário indeterminado.

<sup>19</sup> ANCINE. *Instrução Normativa 125/2015*. Disponível em: <https://ancine.gov.br/pt-br/node/18029>. Acesso em: 12 out. 2020.

### 3. VIOLAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em março de 2018, foi lançado o edital pela Ancine, em conjunto com a Empresa Brasil de Comunicação – EBC denominado “CHAMADA PÚBLICA BRDE/FSA – PRODAV – TVS PÚBLICAS”, voltado à “seleção, em regime de concurso público, de projetos de produção independente de obras audiovisuais seriadas brasileiras, com destinação inicial para os canais dos segmentos comunitário, universitário, e legislativo e emissoras que exploram o serviço de radiodifusão pública e televisão educativa”.

Em agosto de 2019, quando o concurso já se encontrava em sua fase final, aguardando apenas homologação e contratação dos projetos, o Ministério da Cidadania, editou portaria, cujo objeto era a suspensão por 180 (cento e oitenta) dias do Edital de Chamamento para TVs Públicas.

No entender do Ministério Público, além da portaria não trazer qualquer motivação para suspender o processo seletivo em fase final, não havia competência do Ministério sobre o processo de seleção dos projetos. Segundo as regras do edital, o ministro da Cidadania e o Secretário Especial de Cultura não faziam parte do processo de seleção dos projetos.

Desse modo, o ato do Ministro exorbitou sua competência, e acabou por relativizar a autonomia decisória e funcional da Ancine, como agência reguladora, no exercício de suas competências legais, quais sejam, proferir decisões de caráter eminentemente técnico no âmbito da política audiovisual.

Assim, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou Ação Civil Pública<sup>20</sup> contra o Ministro da Cidadania pela prática de ato de improbidade administrativa ao suspender edital da Ancine que premiava projetos que abordavam homossexualidade e diversidade de gênero. Isso porque segundo relata a matéria abaixo veiculada pelo Conjur<sup>21</sup>, a Procuradoria entendeu que, o verdadeiro motivo da suspensão foi censura dos projetos que não agradaram ao Presidente:

[...]a portaria ministerial foi motivada por discriminação contra projetos com temática relacionada a lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis, dentre os quais entre os quais os documentários *Sexo reverso*, *Transversais*, *Afronte e Religare queer*, criticados pelo presidente Jair Bolsonaro (PSL) em vídeo publicado em 15 de agosto. (...)O MPF destaca na petição inicial que o verdadeiro motivo da suspensão do

<sup>20</sup> BRASIL. MPF. *ACP -Ancine*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/tj/sala-de-imprensa/docs/pr-tj/acp-ancine/view>. Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>21</sup> CONJUR. *MPF move ação contra ministro por censura a projetos LGBT em edital da Ancine*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-02/mpf-move-acao-ministro-censura-projetos-lgbt>. Acesso em: 24 nov. 2020.



concurso foi impedir que os projetos mencionados por Bolsonaro vencessem o certame. Como não havia meio legal de impedir que somente os quatro projetos fossem excluídos da disputa em sua fase final, a “solução” encontrada foi a de sacrificar todo o processo.

Como se verifica de trecho da Petição inicial do MPF<sup>22</sup>, “O relato da testemunha José Henrique Pires confirma, no entender do Ministério Público Federal, a prática de censura e discriminação intencional, motivada por preconceito quanto à orientação sexual e à identidade de gênero”.

A censura, além de vedada pelo art. 5º que trata dos direitos fundamentais, encontra albergue constitucional específico no capítulo constitucional que trata da Comunicação social, que veda de maneira absoluta a censura de natureza política, ideológica e artística.

Além disso, o MPF com fundamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ADO 26/DF, na qual o STF conferiu interpretação conforme à Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia nos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, entendeu que o ato do Ministro nesse caso configurou discriminação direta, identificada pela motivação discriminatória da suspensão do edital<sup>23</sup>.

Concluiu o MPF que “uma vez que as produções premiadas seriam exibidas nas TVs públicas, tem-se propriamente um ato de censura, por parte do Ministério da Cidadania, pois as obras foram efetivamente impedidas de serem veiculadas nos canais públicos federais”.

No que tange ao entendimento de ato de improbidade, além do dano ao Erário, vamos focar na ofensa aos princípios da Administração Pública. A conduta do ministro de censurar, no entender do Ministério Público, teve como motivação a discriminação. Consequentemente, entendeu o MPF que o ato violou os princípios administrativos da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e, portanto, configurou ato de improbidade administrativa na forma do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

No entanto, a censura por si só, ainda que “desmotivada”, já violaria a liberdade de expressão, não sendo necessário comprovar a existência de motivação específica. A questão que se coloca é se a violação à liberdade de expressão por si só já configuraria ato de improbidade administrativa.

A nosso ver sim. Isso porque a censura atenta diretamente contra a liberdade de expressão, direito previsto na Constituição da República e que, como dito, possibilita o exercício de vários outros direitos. Quando se cala uma ideia, opinião, comentário, criação, o

---

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 15.

<sup>23</sup> Ibid.



dano advindo desse ato é imensurável. Dano de dimensão ainda maior, em se tratando de produções de conteúdo audiovisual, considerando o alcance que essa forma de liberdade de expressão possibilita em um país como o Brasil, continental e com uma parcela considerável de analfabetos.

Assim, em havendo violação à liberdade de expressão, a conduta estaria enquadrada no art. 11, caput da Lei nº 8.429/92<sup>24</sup>:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

É possível encontrar respaldo na jurisprudência sobre a configuração do ato de improbidade na hipótese de violação aos princípios da Administração Pública apenas com base no dolo genérico, ou seja, a simples vontade de realizar a conduta, prescindindo-se de análise de qualquer elemento específico para sua configuração. Nesse sentido, destaca-se trechos do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AgInt no AREsp 1594308/GO julgado em 30/09/2020<sup>25</sup>:

X - O entendimento exposto, no acórdão vergastado, encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de que não se exige o dolo específico para o cometimento do ato ímprobo atentatório aos princípios administrativos, bastando a presença do dolo genérico.

XI - O dolo genérico se revela pela simples vontade consciente do agente de realizar a conduta, produzindo os resultados proibidos pela norma jurídica ou, então, "a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas

Assim, preenchidos os demais requisitos do ato de improbidade administrativa, a conduta, ainda que sem motivação aparente, que viole o direito à liberdade de expressão atenta contra os princípios da Administração Pública, notadamente no que tange ao dever da legalidade, e configura ato de improbidade na forma do *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429/92. Desse modo, independe de dolo específico, bastando apenas o dolo genérico.

<sup>24</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em: 14 out. 2020.

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1.594.308/GO*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201902941130&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 24 nov. 2020.

## CONCLUSÃO

O escopo da pesquisa consistiu em delinear os contornos do direito à liberdade de expressão, as normas que o tutelam, com a abordagem de alguns casos julgados pelos tribunais superiores. Houve um enfoque maior na liberdade artística a fim de contextualizar o papel da Agência Nacional do Cinema como órgão regulador de fomento ao audiovisual, destacando-se que no exercício desse papel a liberdade de expressão deve ser respeitada.

Em seguida a partir de um caso concreto, destacou-se a autonomia da Ancine como agência reguladora e o tipo de intervenção política no exercício de sua atividade a partir do Ministério ao qual é vinculada. Para tanto, foi abordado um caso concreto em que o Ministério da Cidadania suspendeu um edital lançado pela Ancine em fase final de contratação, causando prejuízos aos futuros contratantes.

Com isso, o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública em face do Ministro por Improbidade Administrativa, tendo em vista ter agido fora de sua competência, com dano ao Erário e violação aos princípios da Administração Pública, tendo em vista a prática de ato de censura, motivado por discriminação.

A partir das considerações feitas ao longo da exposição, verificou-se que a interferência política acaba por violar o exercício da autonomia técnica da agência reguladora, gerando prejuízos tanto aos administrados, como ao próprio poder executivo. Dessa forma, gera desvio da finalidade no exercício de suas competências e objetivos para os quais a agência reguladora foi originalmente criada.

No caso da Ancine, agência reguladora, cujo objetivo principal consiste em fomentar a atividade audiovisual promovendo a cultura e diversidade brasileiras por meio das obras audiovisuais, a violação a essa atividade ganha proporções muito maiores. Isso porque censurar a liberdade de expressão criativa expressada por meio audiovisual, em língua portuguesa, em verdade é impedir a construção e evolução cultural de uma nação, na qual ainda existem 11 (onze) milhões de analfabetos, que tem no meio audiovisual a única forma de acesso à cultura. Censurar obras de arte audiovisuais brasileiras é impedir esse acesso, gerando um dano coletivo social de proporções imensuráveis.

Com base nas considerações apresentadas, a conduta de censurar, independentemente de qualquer fim específico que lhe seja subjacente constitui violação à liberdade de expressão



artística e criativa e configura ato de improbidade administrativa na forma do caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

#### REFERÊNCIAS:

AGÊNCIA BRASIL. *Analfabetismo cai, mas Brasil ainda tem 11 milhões sem ler e escrever*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa-cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos> Acesso em: 12 out. 2020.

ANCINE. *Instruções Normativas Consolidadas*. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/pt-br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas> Acesso em: 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Instrução Normativa 125/2015*. Disponível em: <https://ancine.gov.br/pt-br/node/18029>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 01 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em: 14 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei 11.437, de 28 de dezembro de 2006*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11437.htm). Acesso em: 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei 13.848, de 25 de junho de 2019*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm). Acesso em: 10 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Adin nº 4451*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidence=3938343>. Acesso em: 01 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. MPF. *ACP -Ancine*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/acp-ancine/view>. Acesso em: 12 out. 2020.

CONJUR. *MPF move ação contra ministro por censura a projetos LGBT em edital da Ancine*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-02/mpf-move-acao-ministro-censura-projetos-lgbt>. Acesso em: 24 nov. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.



OLIVEIRA, Rafael de Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. [ebook].

MENDONÇA, Heloísa. *Queermuseu*: O dia em que a intolerância pegou uma exposição para Cristo. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/11/politica/1505164425\\_555164.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/11/politica/1505164425_555164.html). Acesso em: 01 jul. 2020.



## DA PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* POR PARTE DO MAGISTRADO NO PROCESSO PENAL EM CONTRAPONTO AO SISTEMA ACUSATÓRIO CONSTITUCIONAL

Roberto Ricardo Contreiras de Almeida Neto

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

**Resumo** – a produção probatória no processo penal é realizada, em regra, pelas partes processuais, quais sejam a acusação e a defesa. Ocorre que apesar do Código de Processual Penal trazer a ideia de quem faz uma alegação, tem o ônus de prová-la, o mesmo código permite em situação excepcional que o juiz requeira diligências para dirimir dúvidas no processo. A essência do trabalho irá abordar a controvérsia entre a permissão legal para que o juiz participe da instrução probatória e ordenamento jurídico como um todo. Uma vez que no ordenamento pátrio existem princípios, como o da presunção da inocência e o da imparcialidade, que defendem que o juiz não deve ter papel além da função julgadora. Ademais, o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, também afasta o juiz da situação prevista em lei, que o permite participar da instrução probatória. Portanto, o artigo trata de um paralelo entre a permissão legal da produção de provas de ofício pelo juiz com o ordenamento constitucional que defende a separação de funções e imparcialidade do magistrado.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Provas. Magistrado. Verdade Real. Presunção de Inocência. Sistema acusatório. Sistema Inquisitivo.

**Sumário** – Introdução. 1. Os sistemas processuais no ordenamento jurídico pátrio. 2. O artigo 156 do CPP e a suposta violação ao sistema acusatório e à princípios constitucionais. 3 A adoção do artigo 156 do Código de Processo Penal pelo ordenamento jurídico em razão do princípio da Busca pela Verdade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

No artigo em questão, o objetivo é discutir e analisar, a real atuação do magistrado na esfera processual penal durante a persecução penal, especificamente na produção probatória. Uma análise que levará em conta a controvérsia entre a liberdade e poder que o magistrado tem na produção probatória, ultrapassando sua esfera jurisdicional, contrariando princípios constitucionais e o Sistema Acusatório e a concretização de uma atuação legítima em busca de uma proximidade com a verdade factual.

No Brasil, após a Constituição de 1988, foi implementado de maneira integral, o Estado democrático de Direito, razão pela qual, o texto constitucional deve ser derramado em todos os ramos do direito, fazendo valer suas garantias e direitos. Diante de tal circunstância, normas que até então eram interpretadas de uma forma, agora necessitam de adequação em sua hermenêutica para se encaixar no novo ordenamento.

Desta maneira, o artigo busca demonstrar e explorar a divergência latente no Sistema acusatório acolhido pela Constituição de forma sistemática com normas infraconstitucionais do Código de Processo Penal, o qual ainda sofreu grande influência do Sistema Inquisitório quando da sua criação em 1941.

O Código de Processo Penal adotou o Sistema Acusatória, como o sistema penal vigente no ordenamento jurídico, como contraponto existe o Sistema Inquisitório, o qual permite a concentração de atos e funções em uma mesma pessoa. Nesta esteira, apesar de constitucionalmente, o Sistema Acusatório ser o vigente, ainda há muitos resquícios do outro sistema em nosso ordenamento, e um deles, tema deste artigo, é a participação do magistrado na produção de provas durante o processo.

A produção de provas no direito processual penal em tese deve ser exclusividade das partes, sendo ônus de quem alega, provar e demonstrar o fato trazido. Nesta etapa, devem ser preservados, os princípios da Imparcialidade, da Presunção de Inocência e do Devido Processo Legal.

No entanto, na prática e seguindo a norma do artigo 156, II do Código Processual Penal, é cristalina a possibilidade de participação do magistrado na produção probatória, ainda que de ofício, razão pela qual é necessário debater como no mundo jurídico é razoável se adotar um sistema que defende a separação de funções na persecução penal e neste mesmo ordenamento haver permissão para que o juiz se afaste de sua função julgadora e participe na realização de provas do processo.

Diante disso, é importante ponderar os princípios constitucionais da Imparcialidade e da Presunção de Inocência com o princípio da Busca pela Verdade Real, uma vez que estes são contraditórios entre si quando se trata da participação do juiz na produção de provas.

Ao final, é pacífico que o artigo 156 do Código de Processo permite que o juiz participe do processo, ainda que extrapole sua função típica de julgador, e crie provas para que se busca a proximidade com a Justiça e com a realidade factual.

Portanto, o juiz deve exercer apenas sua função julgadora dentro dos limites impostos pela constituição, atuando de maneira imparcial, garantindo assim todos os direitos e proteções ao acusado, o qual acaba sendo parte mais vulnerável quando todas as funções se encontram na mão do magistrado. Ou a contrário *sensu*, o juiz pode se permitir participar da instrução probatório, visando a Busca pela Verdade, se aproximando de uma decisão mais justa, com melhores elementos.



## 1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Dentro de uma análise histórica do processo penal, é possível notar a forte presença de dois modelos de sistemas processuais que se revezaram em diferentes períodos durante a evolução do processo penal e até hoje seguem existindo: o sistema inquisitório e o sistema acusatório.

Um sistema processual, segundo Paulo Rangel<sup>1</sup> é “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

O Sistema Acusatório é o vigente no ordenamento atual e o adotado pela Constituição Federal de 1988. Ainda que a Carta Magna não o apresente de forma expressa, é possível, diante de uma interpretação sistemática de seus princípios, e de seu artigo 129, inciso I<sup>2</sup>, que aponta quem deve exercer função no polo ativo da ação penal, afirmar que este sistema foi o adotado e acolhido pela lei maior, e confirmado pelo STF.

A principal característica do Sistema Acusatório puro é exaltar a distinção nas funções processuais dos sujeitos, de acusar e julgar. Ou seja, essas atividades devem ser realizadas por diferentes sujeitos no processo, sob pena do juiz inquisidor ser contaminado pela produção probatória e se aproximando da possibilidade de cometer injustiças.

Além da supramencionada, é importante se ressaltar outras características como: a necessidade de a instrução probatória ser realizada pela Acusação e pela Defesa, seguir à risca as regras do devido processo legal, o julgamento ocorrer por um juiz competente e imparcial, assim como respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Havendo ainda, a possibilidade de impugnação dos atos pelas partes e a publicidade dos atos.

O sistema adotado traz maior estabilidade e segurança social ao ordenamento, visto que diante de uma análise reflexiva, é possível concluir que ele retira, ou diminui consideravelmente, a possibilidade de o magistrado tratar o réu como condenado desde o início do processo. Já que o juiz somente atuará na sua função de julgador, recebendo todo o conjunto probatório realizado pelas partes do processo, não tendo atuação na produção probatória, preservando sua imparcialidade.

<sup>1</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 09 set. 2020.



Quando se trata do Sistema Inquisitório, o magistrado tem maior importância e poder durante o processo. Este era o sistema utilizado na época da Inquisição, na Idade Média, e é de onde advém seu nome. Nele é idealizado a representação de um Estado, o qual deve se impor no processo, suprimindo direitos e garantias individuais, não havendo confiança nas partes para produção probatória.

A característica de maior relevância nesse sistema é reunião de funções na mesma figura, em regra no juiz inquisitorial, ou seja, uma única pessoa tem o poder de investigar, acusar e julgar o réu. Portanto, a imparcialidade se torna quase que inexistente nesse sistema, visto que a mesma pessoa que deve produzir a prova, irá julgá-la. Importante mencionar outras características importantes como: a ausência de contraditório pleno, além da permissão para que o juiz atue de ofício em todos os atos.

O Sistema Inquisitório cria uma desigualdade entre as partes. O que no Sistema Acusatório é um confronto leal entre acusador e defesa, diante de contraditório e ampla defesa, no Inquisitório se torna uma batalha desfavorável à defesa, já que a função investigativa, acusatória e julgadora se concentra na figura do juiz inquisidor.

Com o advento da Constituição de 1988, o Estado Democrático de Direito foi instaurado, havendo uma transformação em todos os ramos do Direito. A partir de então, todas as normas seriam influenciadas e interpretadas de acordo com a nova Lei Maior.

A Carta Magna de 1988 acolheu o Sistema Acusatório puro. No entanto, o Código de Processo Penal é anterior à Constituição, de 1941, e traz normas do sistema inquisitório, principalmente nas que tratam da fase investigatória, e no seu artigo 156<sup>3</sup>. Por este motivo, muitos doutrinadores, encabeçados por Paulo Rangel<sup>4</sup>, entendem que é adotado o Sistema acusatório Misto no Brasil, uma vez que ainda que o Sistema Acusatório seja o escolhido pela Constituição, ainda há resquícios do Inquisitório na legislação processual.

Fortalecida por Afrânio Silva Jardim<sup>5</sup>, parte mais garantista, sustenta que no Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais da imparcialidade e do contraditório, se tornaram os mais importantes do processo penal moderno, devendo ser respeitados, excluindo a participação persecutória do magistrado, excepcionalmente, quando houver de inércia das partes.

---

<sup>3</sup> BRASIL. *Código Processo Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>4</sup> BRASIL. *Direito Processual Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

<sup>5</sup> JARDIM apud SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: Sistemas e Princípios*. Curitiba: Juruá 2003, p. 34.



Nesse sentido, Geraldo Prado<sup>6</sup>:

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção da inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por um juiz competente e imparcial, pois que excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do princípio acusatório, chegaremos a conclusão que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade do processo (...) e a publicidade, concluiremos que se filiou, sem dizer, ao sistema acusatório.

No entanto, na prática não é o que se nota, tendo em vista que o artigo 156<sup>7</sup> do Código de Processo Penal dá poderes ao magistrado, extrapolando sua função julgadora prevista na lei. O citado artigo permite que o juiz requeira, de ofício, a produção de prova, ultrapassando limites legais, o aproximando do sistema inquisitório, e conseqüentemente se afastando do sistema adotado pela Constituição Federal de 1988.

Segundo Aury Lopes<sup>8</sup>:

O processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz.

Logo, após explanar os sistemas processuais, e principalmente, apontar a divergência entre eles, além de identificar cada um no ordenamento jurídico penal, é importante finalizar o capítulo. É importante ponderar o artigo 156 do Código Processual<sup>9</sup> com os princípios constitucionais, e sua incompatibilidade com o Sistema acusatório.

O artigo 156 do Código de Processo<sup>10</sup> traz poderes instrutórios ao juiz, permitindo que ele atue de ofício, extrapolando a função julgadora. Esse artigo afronta o sistema acusatório. Além da diversificação de funções dos sujeitos no processo penal, ele também confronta alguns princípios constitucionais fundamentais.

---

<sup>6</sup> PRADO apud MARTINS, Charles Emil Machado. A reforma e o “poder instrutório do Juiz”. Será que somos medievais?. In CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Organizadores). *Reformas do Código Processual Penal*. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2009, p. 9-10.

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>8</sup> LOPES, Aury Jr. *Livro Direito Processual Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 43.

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>10</sup>Ibid.



A produção de provas, de ofício, por parte do juiz acaba por atacar o Estado Democrático de Direito, visto que ao realizar uma função atípica, o magistrado acaba por contrariar os princípios da imparcialidade do juiz, do devido processo legal, e da presunção de inocência do acusado. Há ofensa direta aos mencionados princípios, e indireta à alguns outros, quando se dá voz ao Sistema Inquisitório.

Portanto para se fazer valer o Sistema Acusatório, se faz necessário dar respaldo à Constituição, e afastar o magistrado de atuar na função probatória, mantendo-o em sua função típica, de julgador.

## 2. O ARTIGO 156 DO CPP E A SUPOSTA VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO E À PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Código de Processo Penal brasileiro é do ano de 1941, ou seja, é anterior à atual Constituição que é de 1988. Sabendo que o sistema acusatório somente foi adotado, de forma sistemática, pela atual Constituição, o Código Processual Penal sofre algumas influências do sistema inquisitório, o que gera alguns reflexos até hoje.

Um destes reflexos é o seu artigo 156, inciso II,<sup>11</sup> no qual traz a ideia de que o juiz poderia solicitar diligências de forma discricionária, produzindo novas provas no processo, com a finalidade de dirimir dúvidas. E este é foco da nossa discussão, esta liberalidade ao magistrado que estaria em contradição com o sistema acusatório. Além de afrontar princípios como da Imparcialidade, da Presunção de inocência.

Primeiramente, é necessário contrapor a norma supramencionada com o Sistema adotado pelo Código de Processo Penal em razão de uma interpretação constitucional. Como foi visto, o sistema acusatório tem como uma das suas principais características, a separação das funções de investigar, acusar e julgar.

Sendo assim, prontamente, já é possível observar um conflito com o artigo 156<sup>12</sup>, já que este permite que a figura do magistrado, que já responsável pelo julgamento da lide, também crie provas, que permitirão uma futura absolvição ou condenação do réu. Ou seja, o juiz aumenta a sua influência na questão, ele permanece na figura de julgador, só que a esta se soma outra função que deveria ser somente das partes, a produção probatória.

---

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid.



Renato Brasileiro<sup>13</sup>, assim como Aury Lopes Jr., defendem que no sistema acusatório, a gestão das provas é função das partes, defesa e acusação, sendo o juiz mero espectador e garantidor do processo, devendo somente salvaguardar direitos e garantias processuais das partes, assim como liberdades fundamentais. O juiz tem o papel de manter os atos dentro das legalidades normativas, e por fim, com todas as provas apresentadas, decidir, fundamentadamente, acerca do caso concreto.

Portanto, o juiz no processo penal não deve ter influência no processo, não deve ter poder de determinar, de ofício, a produção de qualquer prova, sendo somente competente para analisar o conteúdo probatório criado pelas partes. O juiz deve se manter passivo durante a instrução probatória, preservando sua imparcialidade e mantendo a paridade de armas entre as partes. Sendo muito forte a ligação deste Sistema com o princípio da Presunção de Inocência, que será tratado a seguir.

A prova é o meio pelo qual as partes tentam demonstrar a existência ou não de um determinado fato levantado por elas. O Código Processual Penal afirma que o ônus da prova é de quem alega, ou seja, se a parte alegar a ocorrência de um fato, esta deve provar o alegado. E no processo penal, as partes se dividem em acusação, sendo em regra o Ministério Públicos nas ações públicas ou o ofendido nas ações privadas, e defesa, que é exercida por advogados inscritos na OAB ou Defensores Públicos.

Após esta pequena síntese acerca da produção probatória, vale ressaltar que o juiz que não tiver juízo de certeza acerca da autoria ou da materialidade do delito, deve absolver o réu em razão do Princípio da Presunção de Inocência. Este, em suma, garante ao acusado a possibilidade de não havendo juízo de certeza acerca da materialidade do fato ou da autoria do réu, este adquire o direito à absolvição, ainda que exista dúvida. Ou seja, se há dúvida acerca da empreitada criminosa ou da autoria, o réu deverá ser absolvido, bastando não existir juízo de certeza.

A Constituição de 1988 trouxe em seu texto legal, de forma expressa, o mencionado princípio, em seu artigo 5º, inciso LVII<sup>14</sup>. Antes, já era previsto em tratados internacionais, e de forma implícita no ordenamento brasileiro. O princípio traz a ideia de que todo ser humano acusado de um delito, tem o direito de que se presuma sua inocência até que se prove a sua culpabilidade seguindo o devido processo legal, asseguradas todas as garantias fundamentais.

---

<sup>13</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processual Penal*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 30-40.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

Dentro desta definição, de que não se pode julgar culpado quem não passou por todo processo legal, o princípio da Presunção de Inocência se ramifica e traz uma regra processual probatória importante, a regra do *in dubio pro reo*. Por força desta, a acusação tem o ônus de comprovar legalmente a culpabilidade do réu, dirimindo qualquer dúvida, uma vez que se esta persistir, o juiz deverá decidir a favor do réu. Ou seja, sempre que houver dúvida no que foi demonstrado, a decisão do juiz deve favorecer o acusado.

Após explanar a existência do princípio e da regra mencionados, é possível notar o conflito com a norma do artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal.<sup>15</sup> Se o juiz não tem o juízo de certeza, ou então as provas não lhe foram suficientes, o entendimento constitucional é de que o magistrado deve absolver o réu, como determina o princípio da Presunção de Inocência.

No entanto, a regra do artigo 156, inciso II<sup>16</sup> permite que o juiz determine diligências, com finalidade de dirimir dúvidas. Ou seja, ele é totalmente contrário à ideia de que em caso de dúvida, o juiz deve absolver o réu, que é o defendido constitucionalmente em razão da regra processual do *in dubio pro reo*, uma vez que o acusado não deve ser prejudicado em caso de dúvida.

Desta maneira, é cristalino o conflito entre a norma prevista no Código de Processo Penal, e no princípio supramencionado, sendo certo que por mais que em casos de dúvida, o juiz devesse absolver o réu, a lei permite a produção probatória de ofício, com fundamento no artigo da norma processual.

Por fim, é importante ainda demonstrar que além do sistema acusatório e do princípio da Presunção da Inocência, outro conflito do artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal<sup>17</sup>, e talvez o mais atacado pela doutrina, é com o princípio constitucional da Imparcialidade do juiz, como passaremos a demonstrar.

Luiz Rodrigues Wambier<sup>18</sup> conceitua a imparcialidade como sendo um dos pressupostos processuais de validade, mencionando que além de competente, deve também o juiz ser imparcial, isto é, a pessoa que naquele momento se encontra exercendo a jurisdição naquele juízo deve estar habilitada a receber e apreciar com isenção espírito

---

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. V.2. São Paulo: RT, 2007, p. 113.



os argumentos e provas trazidos por cada uma das partes, para, com a mesma isenção, vir a decidir.

Sendo assim, o juiz deve ser imparcial durante todo o processo, para que consiga decidir de forma mais justa possível, diante do que lhe foi apresentado. No entanto, quando a norma processual permite que o magistrado peça diligências com fito de dirimir dúvidas, há uma certa permissão para que seja possível o juiz criar provas que de alguma forma estão faltando no processo tanto para que se absolva o réu, ou para que o condene.

A maior crítica nessa esfera é que o juiz ao pedir diligências e criar provas, estaria com alguma pré disposição, seja para condenar o réu ou absolvê-lo, dependendo da prova a ser requerida.

Isto ocorre porque o magistrado devia de forma livre, se convencer com o que lhe foi apresentado pelas partes, e não exercer a função que seria destas. O Judiciário é órgão julgador, e deveria se manter isento para atuar de maneira imparcial, permitindo que os legitimados para acusação e defesa produzam as provas.

Portanto, o artigo 156, inciso II do Código de Processo Penal <sup>19</sup>é uma norma muito controversa, como foi demonstrado, uma vez que ela além de não se encaixar plenamente no sistema acusatória adotado pela Constituição de 1988 por permitir ao magistrado que atue em função além da julgadora. O artigo também é conflitante com princípios presentes na lei maior, como o da Presunção da Inocência e da Imparcialidade do magistrado.

### 3. A ADOÇÃO DO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELO ORDENAMENTO JURÍDICO EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA BUSCA PELA VERDADE

O ponto a ser discutido neste artigo, é a iniciativa probatória do Magistrado. Após expor diferentes teses, entender o os sistemas processuais penais, quem em regra produz prova durante o processo, quem tem o ônus de provar. É necessário afirmar que o ordenamento jurídico permite a produção probatória por parte do magistrado, ainda que seja conflitante com princípios constitucionais e o sistema acusatória.

O artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal<sup>20</sup> prevê a possibilidade do magistrado, antes ou após proferir sentença, determinar diligências para dirimir suas

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>20</sup> Ibid.

dúvidas acerca de algum ponto. E mesmo diante de toda controvérsia, e correntes que entendem ser esta norma inconstitucional, a verdade é que o ordenamento jurídico adota tal artigo como sendo constitucional e ele é utilizado sem maiores interferências na prática judiciária.

José Roberto dos Santos Bedaque<sup>21</sup> defende a utilização da mencionada norma, entendendo que não há que se falar em imparcialidade do magistrado, desde que ele somente atua dentro de motivos legais, e não escusos. Desta forma, não haveria ataque à imparcialidade e nem ao sistema acusatório.

O entendimento é de que o magistrado não deve ser mero espectador do direito no processo, mas deve realizar um comando dele, com fito de encontrar a solução mais justa para lide. Por isso, é mais do que possível, sendo necessário, que o magistrado, não tendo qualquer juízo de certeza com as provas demonstradas pelas partes, possa determinar novas diligências buscando sanar suas dúvidas.

A grande busca do magistrado deve ser por um julgamento justo, se aproximando o máximo possível da verdade real dos fatos, sendo assim, se houver necessidade de novas diligências, sendo as partes inertes, o magistrado poderia determiná-las para que tenha mais elementos para tomar uma decisão mais justa.

A parte da doutrina, encabeçada por Aury Lopes<sup>22</sup>, que contraria tal tese, contra-argumenta que quando o juiz requer novas diligências, ele estaria afrontando o princípio da Presunção de Inocência, além da sua Imparcialidade, pois as provas requeridas já o colocariam em uma pré disposição à condenação ou à absolvição. No entanto, o entendimento adotado é de que o magistrado não seria imparcial, mas estaria buscando o julgamento mais justo e mais próximo da verdade real dos fatos, seja para absolver ou condenar o réu.

Ou seja, a prova produzida não vincula o magistrado à uma decisão, ela somente clareia o feito, dando possibilidade do juiz, dentro do seu livre convencimento, ter mais elementos para que se possa tomar uma decisão. Acerca da presunção de inocência, esta persiste no processo, pois ainda é possível que mesmo diante das diligências, o juiz persista com sua dúvida, oportunidade na qual fará uso do princípio supramencionado para absolver o réu.

---

<sup>21</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do Juiz*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

<sup>22</sup> LOPES, op. cit., p. 43.



É importante que a prova requerida pelo juízo, ultrapasse todas as etapas do devido processo legal, além de todo contraditório e ampla defesa. É nesse sentido que o já citado Badaque defende que não há que se falar em imparcialidade, uma vez que o magistrado não teria como adivinhar que a prova requerida por ele ensejaria em uma condenação ou absolvição, uma vez que esta ainda será contraditada e passará por todo devido processo legal, podendo ser impugnada ou não dirimir qualquer dúvida.

Outra discussão importante é o momento em que o juiz poderia determinar a produção probatória. Defende Hideljama Muccio<sup>23</sup> que o juiz tem poder postulatório para produzir provas, uma vez que ele é o representante do Estado, que busca resolver o conflito. Ou seja, se o juiz perceber que é necessário que se produza determinada prova, para que o processo seja mais justo e equilibrado, dirimindo a astúcia e esperteza de uma das partes em detrimento da outra, ele pode sim agir de ofício.

Nesse sentido, a lição de Marcos Alexandre Coelho Zilli:<sup>24</sup>

Assim, muito embora recaia o ônus probatório ao sujeito processual parcial responsável pela alegação que se pretende ver provada – prevalente, senão exclusivamente, o órgão acusador por força do princípio constitucional da presunção da inocência -, abriu o legislador processual espaço para que o juiz buscasse, durante a instrução, ou mesmo antes de proferir sentença, maiores esclarecimentos por ele considerados necessários, senão indispensáveis para dirimir dúvida emergente sobre ponto relevante.

Portanto o atual entendimento moderno, fortalecido por Marcos Antônio Barros<sup>25</sup> é de que o magistrado pode atuar na produção probatória de forma suplementar e subsidiária, ou seja, somente após as partes, que em regra são as legitimadas para tal produção. Isto decorre do afastamento do juiz da posição de mero espectador, tendo um fundamental papel de estimular o contraditório e a ampla defesa.

A grande tese defensiva da produção probatório por parte do juiz, de ofício, está no princípio da Busca pela Verdade. Este princípio veio para confrontar o princípio dispositivo, que prevaleceu durante anos no âmbito civil e defendia que o juiz devia julgar somente com o que as partes trouxeram ao processo, pois era matéria exclusiva das partes trazer as provas ao processo em questão, se valendo da verdade formal.

Já no ordenamento jurídico processual penal, por tratar de questões onde se envolve o direito de locomoção, era necessário dar ao magistrado mais poderes

<sup>23</sup> MUCCIO, Hideljama. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. rev. e at. Método. 2011. São Paulo.

<sup>24</sup> ZILLI, Marcos. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 96.

<sup>25</sup> BARROS, Marco Antônio. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 139 e 140.



instrutórios. Dentro destes poderes, estaria o de produzir provas *ex officio*, buscando a verdade material e não aceitando somente a verdade formal demonstrada nos autos.

O princípio adotado, chamado de Princípio da Verdade Real, sofreu ataques em razão de permitir ao juiz que controle com mais poder o processo, fazendo com que possa haver arbitrariedades, atingindo assim sua imparcialidade para o momento da decisão.

Diante de tal circunstância, é necessário haver um controle por meio do devido processo legal para que não exista abuso de poder por parte do magistrado. Ainda é importante ressaltar que a verdade real não é tangível, o que é possível é uma aproximação da realidade.

Nesta esteira, Cândido Rangel Dinamarco<sup>26</sup> coloca que:

a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção desses nas categorias adequadas.

Frente a estes motivos, a doutrina, podendo citar Renato Brasileiro<sup>27</sup>, não adota o princípio da Verdade Real, e sim o da Busca pela Verdade, já que não é possível chegar na verdade real ou material como dizem. Ainda assim, neste princípio adotado pelo ordenamento, o magistrado segue tendo poderes de produzir provas de ofício, com intuito de se aproximar da realidade dos fatos, chegando assim à uma decisão mais justa.

Portanto, o artigo 156, inciso II, do Código Processual, tratado neste artigo é aceito pelo ordenamento jurídico, não tendo que se falar em inconstitucionalidade. O seu fundamento se encontra no princípio da Busca pela Verdade, permitindo que o magistrado atue de forma subsidiária e complementar na produção probatória, buscando uma decisão mais justa, passando por todo processo legal e contraditório das partes.

## CONCLUSÃO

O artigo constata que apesar de exigir grande divergência, e excelentes doutrinadores que entendem o contrário, na prática a produção de provas realizadas de ofício pelo magistrado não é vista com maus olhos pelo ordenamento e estrutura jurídica.

---

<sup>26</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 318.

<sup>27</sup>LIMA, op. cit., p. 80-81.



Ainda que ao se analisar friamente e diante de uma interpretação constitucional seja possível chegar à conclusão de que o juiz agir de ofício para requerer diligências, como prevê o artigo 156, inciso II do Código de Processo Penal, é uma forma de adentrar em uma esfera que seria legítima somente para as partes processuais, acusação e defesa. Não se pode obrigar o juiz a ser mero espectador quando este é quem preside o processo, ainda mais se tratando de procedimento criminal no qual poderá ensejar em pena privativa de liberdade.

Diante da discussão, o que se pratica hoje na esfera jurídica é que o juiz não poderá se manter inerte, principalmente ao notar que as partes deixaram de produzir alguma prova, ou foram inertes neste quesito. Ou seja, o magistrado poderia agir em situações excepcionais, de forma subsidiária às partes, de forma que não busque determinada prova para condenar ou absolver o réu, mas sim provas para buscar uma proximidade com a verdade dos fatos.

Sendo assim, ficam parcialmente afastadas as teorias que defendem que o juiz nestes casos age com imparcialidade, visto que é realizado uma ponderação com outros princípios, como o da busca pela verdade, prevalecendo este. Isso ocorre pois é mais interessante ao processo ter um magistrado que busque a resolução do conflito, buscando sempre se aproximar da realidade, do que permitir que alguém seja beneficiado ou prejudicado por falta de experiência ou uma alta sagacidade de uma das partes, havendo assim um certo equilíbrio no processo.

No que tange ao princípio da presunção de inocência, e sua regra do *in dubio pro reo*, a noção é de que este segue vivo no processo, e o juiz ao solicitar diligências para dirimir suas dúvidas ao invés de absolver o réu com fundamento nesta regra, não estaria afastando e nem contrariando este princípio. Uma vez que ainda que tenha requerido diligências para produção processual, sua dúvida poderá permanecer, então se fará uso do supramencionado princípio, fazendo com que o réu se beneficie da dúvida.

Portanto, o artigo trouxe a controvérsia existente acerca do artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal e sua legalidade e constitucionalidade. Concluindo que apesar de haver alguns pontos nos quais é possível debater se o juiz é legítimo para produção probatória, na prática, desde que com limitações, o magistrado pode sim ultrapassar sua posição de julgador e buscar de forma imparcial ferramentas para se aproximar de uma decisão justa.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antônio. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do Juiz*. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. *Código Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 08 set. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processual Penal*. 5. ed., Salvador: JusPODIVM, 2017.

LOPES, Aury Jr. *Livro Direito Processual Penal*. 13. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARTINS, Charles Emil Machado. A reforma e o “poder instrutório do Juiz”. Será que somos medievais?. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Organizadores). *Reformas do Código Processo Penal*. Porto Alegre: Livr. Do advogado, 2009.

MUCCIO, Hidejama. *Curso de Processo Penal*. 2 ed. rev. e at., São Paulo: Método, 2011.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: Sistemas e Princípios*. Curitiba: Juruá, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. V.2. São Paulo: RT, 2007.

ZILLI, Marcos. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.



O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LACUNA LEGISLATIVA DECORRENTE DO VETO PRESIDENCIAL Nº 726/2019

Rodrigo Lourenço Canosa

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.  
Advogado.

**Resumo** – a possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível, prevista pela Lei Anticrime, colocou fim à antiga discussão acerca da autocomposição em matéria de improbidade administrativa. Não obstante, o veto presidencial ao que seria o artigo 17-A da Lei de Improbidade Administrativa deixou o referido instrumento negocial sem a sua devida disciplina legal. O objetivo do trabalho, portanto, é suprir a lacuna normativa existente, estabelecendo parâmetros materiais e procedimentais para a celebração do acordo de não persecução cível de modo a garantir a segurança jurídica e os interesses das partes envolvidas na avença

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. Acordo de Não Persecução Cível.

**Sumário** – Introdução. 1. O acordo de não persecução cível em uma perspectiva histórica. 2. A legitimidade para a celebração do acordo de não persecução cível e a problemática dos conflitos institucionais. 3. O conteúdo do acordo de não persecução cível e a necessidade de controle pelo Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda o acordo de não persecução cível recentemente introduzido ao nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Procura-se definir os parâmetros procedimentais e materiais para a celebração do acordo, suprimindo a lacuna legal existente, de modo a garantir a segurança jurídica da avença, sem prejuízo aos interesses envolvidos no acordo.

A Lei Anticrime teve como escopo valorizar as técnicas de solução consensual de conflitos, pondo fim à divergência doutrinária e jurisprudencial existente acerca da possibilidade de aplicação de instrumentos negociais em matéria de improbidade administrativa. Para tanto, a Lei Anticrime alterou a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), cuja redação original vedava expressamente a autocomposição em ação de improbidade administrativa, de modo a admitir o acordo de não persecução cível.

Contudo, em que pese tenha autorizado a autocomposição em matéria de improbidade administrativa, a Lei Anticrime não trouxe uma disciplina legal mínima para a celebração do

acordo. Com efeito, a norma aprovada pelo Congresso Nacional foi objeto de veto presidencial em relação ao que seria o novo artigo 17-A da Lei nº 8.429/92, cujo teor trazia o regramento para a realização desse novo negócio jurídico.

Nesse contexto, busca-se suprir a lacuna legal, interpretando o novo instituto à luz dos objetivos da Lei de Improbidade e de outros instrumentos consensuais existentes no âmbito do Direito sancionador, especialmente o acordo de leniência (Lei nº 12.846/2013) e o acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A) de modo a produzir uma solução que permita a autocomposição em matéria de improbidade, em conformidade com o interesse público envolvido e com as garantias individuais do acordante.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando um panorama geral da evolução legislativa que culminou na criação do instituto do acordo de não persecução cível. Pondera-se que a clássica corrente doutrinária que sustenta a impossibilidade de autocomposição em matéria de improbidade administrativa, fundada em uma suposta incompatibilidade entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e os instrumentos de consensualidade, encontra-se superada diante das facilidades conferidas pelas novas técnicas negociais na tutela dos interesses difusos.

No segundo capítulo, busca-se definir a legitimidade para a celebração do acordo de não persecução cível, dentro do atual contexto de divergências institucionais, sustentando-se a necessidade de concertação de vontades entre os legitimados para garantir um mínimo grau de segurança jurídica ao conteúdo do acordo.

O terceiro capítulo analisa o conteúdo do acordo de não persecução cível, abordando as condições obrigatórias e facultativas da avença, e a forma do controle de sua legalidade. Procura-se explicitar a necessidade de formação de título executivo judicial para a exequibilidade do acordo e o papel fundamental do Poder Judiciário no controle do ato negocial, dentro de parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, rejeitando-se acordos abusivos ou insuficientes para a tutela dos interesses envolvidos.

Esta pesquisa adota uma abordagem qualitativa, valendo-se o pesquisador da análise da bibliografia selecionada e da legislação pertinente ao tema, e possui objetivo essencialmente explicativo, consubstanciado na demonstração das razões que sustentam a tese aqui exposta.



## 1. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL EM UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Inicialmente, para uma melhor compreensão do tema aqui estudado, faz-se necessária uma apresentação da evolução histórica dos instrumentos de solução consensual em matéria de improbidade administrativa, uma vez que a validade desses ajustes sempre foi controvertida no Direito brasileiro em razão da indisponibilidade do interesse público protegido.

A matéria de improbidade administrativa no Brasil é regida pela Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992<sup>1</sup>, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, cujo teor traz a definição dos atos de improbidade administrativa, o procedimento para a sua apuração e as sanções legais cabíveis.

Nas lições de Carvalho Filho<sup>2</sup>, a ação de improbidade administrativa tem por escopo preservar a moralidade administrativa, mediante o reconhecimento judicial de condutas ímprobas perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais.

Por moralidade administrativa, prevista como princípio geral da administração pública pelo artigo 37 da Constituição Federal, entende-se o dever imposto ao administrador público de observar os preceitos éticos de honestidade e probidade em sua conduta, seja na relação entre Administração e administrados em geral, seja na relação entre Administração e seus agentes públicos<sup>3</sup>.

Em sua redação original, o artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade vedava expressamente qualquer forma de negociação. Como ensina Elton Venturi<sup>4</sup>, a proibição tinha razão de ser no fato de o legislador, à época da elaboração da norma, ter entendido que o direito difuso protegido não se coadunaria com a possibilidade de autocomposição, em razão de sua natureza indisponível.

Dessa forma, somente a aplicação integral das sanções legais preveniria e reprimiria de maneira suficiente a violação ao interesse público, consubstanciado na moralidade administrativa.

Não obstante, antes da edição da Lei de Improbidade, já se vivenciava no âmbito da

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2020.

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, [e-book].

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?*. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4597236/mod\\_resource/content/0/TRANSACAO\\_DE\\_DIREITOS\\_INDISPONIVEIS%20-%20Elton%20Venturi.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4597236/mod_resource/content/0/TRANSACAO_DE_DIREITOS_INDISPONIVEIS%20-%20Elton%20Venturi.pdf)>. Acesso em: 14 mai. 2020.

tutela coletiva uma outra experiência jurídica, marcada pela valorização dos meios consensuais de solução de conflitos.

Com efeito, já constava do artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 — Lei da Ação Civil Pública<sup>5</sup>, incluído pela Lei nº 8.078/90, a possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta entre o órgão público legitimado (compromitente) e o interessado (compromissário) para a solução de conflitos envolvendo direitos metaindividuais, sem a necessidade de propositura de uma ação judicial para tanto.

Com a reforma da Administração Pública promovida pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, inseriu-se entre os princípios gerais da Administração Pública o princípio da eficiência, compreendido pela doutrina<sup>6</sup> como a determinação ao administrador público de melhor realizar a tutela dos interesses públicos, garantindo-se a maior satisfação dos administrados com o menor ônus para a coletividade.

Em razão da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, assistiu-se à edição de diversas leis prevendo instrumentos de justiça consensual como alternativa ao método heterocompositivo então vigente, marcado pela burocracia e pela consequente morosidade na solução dos litígios.

Nesse sentido, foram editadas a Lei nº 12.846/2013 — Lei Anticorrupção, a Lei nº 13.140/2015 — regulando a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, e a Lei nº 13.655/2018, conferindo à autoridade administrativa a possibilidade de celebrar compromisso com os particulares para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público.

A adoção dos meios negociais para a solução de litígios não se limitou apenas ao âmbito do Direito Administrativo. Na esfera penal, foi editada a Lei de Organizações Criminosas, Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, prevendo a possibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada, instrumento de justiça consensual e meio de obtenção de prova que concede ao colaborador, após cumpridos os termos da avença, a redução da pena ou mesmo a extinção da punibilidade.

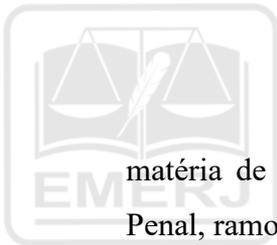
Com o surgimento desses novos diplomas legais, parcela da doutrina<sup>7</sup> passou a sustentar a necessidade de revisão da Lei de Improbidade Administrativa, como forma de se harmonizar o sistema jurídico, uma vez que não seria coerente vedar a autocomposição em

---

<sup>5</sup> BRASIL. *Lei nº 7.347* de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2020.

<sup>6</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 36. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, [e-book].

<sup>7</sup> CARVALHO FILHO, op. cit.



matéria de improbidade administrativa e, simultaneamente, admiti-la no campo do Direito Penal, ramo que cuida dos ilícitos mais graves do ordenamento jurídico.

Não obstante às críticas produzidas pela doutrina, a jurisprudência do STJ<sup>8</sup> rejeitava a possibilidade de negociação em demanda de improbidade administrativa em razão da vedação expressa em lei, advertindo, ainda, que o direito explicitado na Lei nº 8.429/1992, por ser indisponível, não poderia ser objeto de negociação.

Essa controvérsia culminou na recente alteração promovida pela Lei nº 13.964, conhecida como Lei Anticrime, publicada em 24 de dezembro de 2019, que modificou a redação do artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, de modo a reconhecer a possibilidade de autocomposição em demandas de improbidade administrativa, por meio do acordo de não persecução cível.

A alteração promovida pelo legislador foi acertada, uma vez que a vedação disposta na redação original da Lei de Improbidade Administrativa não mais se adequava ao sistema jurídico vigente.

Com efeito, o tradicional paradigma do Direito Administrativo materializado na indisponibilidade do interesse público deve ser temperado pela força normativa de outros princípios constitucionais, em especial pelo princípio da eficiência administrativa elencado pelo artigo 37 da Constituição Federal.

O princípio da indisponibilidade do interesse público originou-se de construção feita pela doutrina, no sentido de que, sendo o administrador mero curador de bens e interesses alheios, estes pertencentes à sociedade, não poderia deles dispor já que sobre eles não exerce a titularidade.

E por não ter a disponibilidade sobre o interesse público, conforme explica Di Pietro<sup>9</sup>, não seria possível que a autoridade deixasse de punir o infrator quando constataste a prática de ilícitos administrativos.

Entretanto, não deve mais preponderar nos dias de hoje a ideia de indisponibilidade do interesse público como sendo uma norma jurídica incompatível com a consensualidade no âmbito administrativo. Pelo contrário, o princípio constitucional da eficiência administrativa impõe ao administrador a adoção, em não raras situações, de soluções consensuais, por serem elas as mais eficientes para a tutela do interesse público objeto do litígio.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 16544362/MT*. Relator: Ministro Sérgio Kukina.. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8318367&num\\_registro=201700331185&data=20180614&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8318367&num_registro=201700331185&data=20180614&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 14 mai. 2020.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].



Cumpra ressaltar que a finalidade da demanda de improbidade não se resume apenas à aplicação das sanções legais ao agente ímprobo, ela também abrange a adequada proteção e o efetivo ressarcimento do patrimônio público. Justamente por isso, o Constituinte de 1988 previu o ressarcimento ao erário como sanção aos atos de improbidade administrativa (CRFB, art. 37, § 4º)<sup>10</sup>.

Sobre o tema, Zardo<sup>11</sup> afirma que, em determinadas situações, a satisfação do interesse público residirá justamente na celebração do acordo, seja porque permitirá a adequada reparação do dano ao erário, seja porque possibilitará o conhecimento de outras infrações pelo Poder Público.

Por seu turno, Neves e Ferreira Filho<sup>12</sup> reconhecem a existência de um verdadeiro dever de atuação consensual para o administrador quando a autocomposição diminuir os riscos para a Administração e maximizar o interesse público objeto do litígio. Desse modo, sendo o acordo a melhor via para a tutela do interesse público, não poderia o administrador deixar de tentar transacionar com o infrator.

Observa-se que, nas situações trabalhadas pelos referidos doutrinadores, ao negociar, a Administração não estaria dispondo do interesse público como pugna a doutrina clássica, ainda que para tanto deixe de aplicar alguma das sanções previstas em lei, mormente porque garantirá, em contrapartida, a adequada proteção de interesses coletivos, tais como a reparação ao erário, de modo mais célere e menos custoso à máquina pública.

Ademais, como bem aponta Garcia<sup>13</sup>, nessas negociações a definição das obrigações necessárias à concretização do interesse público incumbe exclusivamente ao órgão legitimado pela lei, cabendo ao interessado apenas aderir ou não à proposta, sem que possua qualquer margem para afastá-las, resguardando-se, assim, o interesse público subjacente ao acordo.

Nesse panorama, a busca pela solução consensual de conflitos em matéria de improbidade administrativa mostra-se plenamente válida, constituindo-se um dever dos órgãos estatais legitimados fazer uso dos instrumentos de autocomposição sempre que assim exigir a tutela do interesse público.

---

<sup>10</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2020.

<sup>11</sup>ZARDO, Francisco. *Validade dos acordos de leniência em ações de improbidade*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-25/francisco-zardo-validade-acordos-aco-es-improbidade>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

<sup>12</sup>FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva; NEVES, Cleuler Barbosa das. Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, nº 218, p. 63-84, abr./jun. 2018.

<sup>13</sup>GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992*. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/component/k2/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>>. Acesso em: 14 mai. 2020.



## 2. A LEGITIMIDADE PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E A PROBLEMÁTICA DOS CONFLITOS INSTITUCIONAIS

Reconhecendo a validade dos instrumentos de solução consensual em matéria de improbidade administrativa, o legislador aprovou o Projeto de Lei nº 10.372 de 2018, que veio a se tornar a Lei Anticrime (Lei nº 13.964 de 2019), trazendo, entre inúmeras modificações, a alteração do artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92 — LIA), de modo a admitir, expressamente, a solução consensual em matéria de improbidade administrativa, por meio do acordo de não persecução cível.

Além da alteração do disposto no artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, a redação final aprovada pelas Casas Legislativas e enviada ao Presidente da República para sanção, trazia parâmetros procedimentais e materiais para a celebração do acordo no que seria o novo artigo 17-A da LIA.

Conforme regramento aprovado pelo legislador<sup>14</sup>, as negociações ocorreriam antes ou durante o processo, entre o Ministério Público e o investigado, ou demandado, e o seu defensor, sendo submetido à aprovação pelo órgão do *parquet* com atribuição para a promoção do arquivamento do inquérito civil e posterior homologação pelo juízo competente.

Neste giro, como bem informa Andrade<sup>15</sup>, evidencia-se a vontade do legislador de estabelecer o acordo de não persecução cível como espécie de negócio jurídico, exigindo-se, para a sua celebração, a anuência tanto do legitimado quanto do agente ímprobo, sem conferir a este direito subjetivo à celebração do negócio, em razão da bilateralidade do instituto.

Não obstante, a norma aprovada ao prever a legitimidade unicamente do Ministério Público para participar das tratativas e celebrar o acordo, estava em desarmonia com a previsão contida no artigo 17, *caput*, da Lei de Improbidade, inalterado pelo Projeto de Lei, cujo teor prevê a legitimidade concorrente do Ministério Público e da pessoa jurídica interessada para a propositura da ação de improbidade administrativa.

Essa incongruência normativa levou a Advocacia-Geral da União a recomendar ao Presidente da República o veto ao *caput* e aos parágrafos 1º, 3º, 4º e 5º do artigo 17-A do Projeto de Lei, o que foi acolhido pelo Chefe do Poder Executivo<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372-A de 2018*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1844037&filename=RDF+1+%3D%3E+PL+10372/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1844037&filename=RDF+1+%3D%3E+PL+10372/2018)>. Acesso em: 22 jun. 2020.

<sup>15</sup> ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civil/>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

<sup>16</sup> BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 726 de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2020.

Em que pese as razões que levaram à sua oposição, o veto presidencial culminou no afastamento do que seria o novo artigo 17-A da LIA, fazendo surgir uma grave lacuna legislativa, uma vez que o dispositivo vetado trazia a disciplina legal do acordo de não persecução cível.

Diante dessa lacuna legislativa surgem dúvidas quanto à aplicabilidade do novo instituto. Conforme apontam Carvalho e Zufelato<sup>17</sup>, a Lei nº 13.964/19, que pretendia trazer maior segurança jurídica ao tema da solução consensual em matéria de improbidade administrativa, ao permiti-la sem qualquer tipo de disciplina legal, acabou por intensificar a insegurança jurídica existente.

Não obstante a acertada crítica, fato é que acordos de não persecução cível têm sido celebrados por todo o país. De fato, as incertezas teóricas que pairam sobre o novo instituto foram sobrepujadas pela realidade, conturbada pelos inúmeros casos de improbidade e desvios de conduta por parte dos agentes públicos, impondo-se aos aplicadores do direito a busca por meios alternativos para a satisfação, mais célere, do interesse público, face a ineficiência dos métodos heterocompositivos vigentes.

Sendo assim, deve-se suprir as lacunas existentes, fixando-se parâmetros mínimos ao novo instituto de modo a conferir-lhe um mínimo grau de segurança jurídica e permitir a sua celebração sem prejuízo do interesse público subjacente.

A primeira controvérsia que surge tem relação com a legitimidade para a celebração do acordo de não persecução cível.

Em decorrência das razões expostas pelo Presidente da República ao vetar o que seria o artigo 17-A da Lei de Improbidade Administrativa, não há dúvidas acerca da legitimidade concorrente do Ministério Público e da pessoa jurídica prejudicada pelo ato de improbidade para a celebração do negócio jurídico em análise.

Ademais, seguindo-se a mesma linha da legitimação para a propositura da ação principal, conclui-se que a legitimidade para a celebração do acordo, além de concorrente, é disjuntiva, não se exigindo a anuência de todos os legitimados como condição para a realização da avença.

E por se tratar de negócio jurídico no qual as partes transacionam, essencialmente, sobre direito material, consubstanciado na pretensão sancionatória, a celebração do acordo por um dos colegitimados impedirá a propositura de ação de improbidade pelo outro colegitimado.

---

<sup>17</sup> CARVALHO, Lucas Vieira; ZUFELATO, Camilo. “Lei Anticrime” prevê acordos em ação de improbidade administrativa. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-08/lei-anticrime-preve-acordos-acao-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 22 jun. 2020.



Em que pese essas conclusões, a realidade de desentendimentos institucionais<sup>18</sup> que se verifica em torno dos instrumentos de consensualidade no âmbito do Direito sancionador recomenda, como melhor solução, a concertação de vontade entre os legitimados durante as tratativas do acordo, de modo a proteger o agente acordante das consequências que possam advir de eventuais divergências entre os legitimados.

No acordo de não persecução cível, entre os inúmeros temas que podem causar dissensão entre os legitimados, destaca-se a quantificação do dano a ser reparado pelo autor do ato de improbidade, principalmente nas hipóteses de fraude a procedimento licitatório, em que o dano exsurge *in re ipsa* da própria prática do ato delituoso.

Nesse contexto, é didático o registro feito por Mudrovitsch e Nóbrega<sup>19</sup>, acerca da pertinência jurídica da participação da pessoa jurídica interessada na celebração do acordo, na qualidade de interveniente-anuente, uma vez que eventual negócio firmado unicamente com o *parquet* não impediria o ajuizamento de ação ressarcitória pelo ente lesado, em que se objetivasse a complementação do valor constante do instrumento do acordo, tudo com amparo no ainda vigente artigo 17, § 2º, da Lei de Improbidade.

Ademais, não há restrição à aplicação do artigo 17 § 3º, da Lei de Improbidade ao âmbito do acordo de não persecução cível de modo que deve ser assegurado à pessoa jurídica de direito público interessada a oportunidade de se manifestar acerca do ato impugnado, ainda que sem sede negocial.

Por seu turno, também não se mostra adequada a celebração de acordo sem a participação do Ministério Público na avença, tendo em vista a ampla atribuição conferida pela Constituição a este órgão para a apuração de ilícitos civis e penais. E, ainda que se entenda pela desnecessidade de participação do *parquet* na fase de tratativas, que ocorre, em regra, extrajudicialmente, uma vez submetido o acordo ao Estado-juiz para homologação, cumprirá a este intimar o órgão ministerial para que tome conhecimento da avença, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, conforme inteligência do artigo 17, § 4º, da Lei de Improbidade Administrativa.

É importante ressaltar que essas medidas visam conferir maior segurança jurídica ao acordo. Com efeito, é improficuo a valorização e o reconhecimento dos instrumentos de

---

<sup>18</sup> Exemplo do desalinhamento entre as instituições é a recente não adesão do Ministério Público Federal ao Acordo de Cooperação Técnica em matéria de combate à corrupção no Brasil, celebrado entre a Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União, o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Tribunal de Contas da União, sob a justificativa de que o acordo seria incompatível com as atribuições cíveis e criminais do *Parquet*.

<sup>19</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *A consagração legal da transação em improbidade administrativa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-17/mudrovitsch-pupe-consagracao-legal-transacao-improbidade>>. Acesso em: 22 jun. 2020.



consensualidade como meios de satisfação do interesse público, se o conteúdo acordado pelas partes estiver submetido a uma constante possibilidade de revisão ou discussão por outros órgãos, pessoas ou entidades legitimados.

Com a participação conjunta dos legitimados durante a celebração do acordo afasta-se a possibilidade de anulação ou revisão da avença por divergências institucionais, garantindo-se, assim, o respeito à confiança depositada pelas partes no acordo, circunstância fundamental para o sucesso desse novo instrumento no ordenamento jurídico pátrio.

### 3. O CONTEÚDO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E A NECESSIDADE DE CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

Em razão da lacuna legislativa que paira sobre o novo instituto, discute-se também quais seriam as condições que poderiam ser pactuadas por meio do acordo de não persecução cível e, entre elas, quais seriam imprescindíveis para a validade do negócio jurídico.

Sustenta Andrade<sup>20</sup> que se deve favorecer uma interpretação que confira harmonia ao microsistema da tutela do patrimônio público, aplicando-se ao acordo de não persecução cível, em diálogo das fontes, outras normas que disciplinam a autocomposição no âmbito do direito sancionador.

Nesse contexto, Andrade afirma que o acordo de não persecução cível deverá prever em seu bojo a confissão por parte do agente acordante, nos moldes do que ocorre no acordo de leniência (Lei Anticorrupção, art. 16, §1, III) e no acordo de não persecução penal (CPP, artigo 28-A).

Cumprе ressaltar que esse foi o entendimento encampado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, na Resolução nº 1.193/2020-CPJ<sup>21</sup>, e pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco, por meio da Resolução nº 01/2020-CSMP<sup>22</sup>.

Não obstante, o melhor entendimento parece ser pela inexigibilidade de confissão formal do acordante. Com efeito, como bem ressalta Gajardoni<sup>23</sup>, a confissão, por ter reflexões

---

<sup>20</sup>ANDRADE, op. cit.

<sup>21</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Resolução nº 1.193/2020-CPJ*. Disponível em: <[http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL\\_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf](http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2020.

<sup>22</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. *Resolução nº 01/2020-CSMP*. Disponível em: <<https://www.mppe.mp.br/mppe/institucional/conselho-superior/conselho-instrumentos-juridicos/category/192-resolucoes?download=8482:resolucao-csmp-001-2020-acordo-de-nao-persecucao-civel>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

<sup>23</sup>GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em termo de improbidade administrativa*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativ>>. Acesso em: 22 jun. 2020.



no campo probatório penal, poderia embaraçar a celebração de acordos, criando obstáculo desnecessário à autocomposição em matéria de improbidade administrativa.

Observe-se que não há óbice para que os órgãos legitimados editem, no âmbito de suas atribuições, norma prevendo a assunção de culpa como condição para a celebração do acordo, de modo a vincular a atuação de seus respectivos membros. Não obstante, eventual descumprimento da normativa, *per si*, não implicará necessariamente na invalidade ou ineficácia do acordo, restringindo-se as consequências da violação à punição administrativa do membro que a infringir.

Diante da ausência de previsão em Lei, também não se pode ter a colaboração do agente infrator como condição indispensável para a celebração do acordo de não persecução cível. Colocado nesses termos, o acordo de não persecução cível se assemelharia à transação penal, inserindo-se no que Garcia<sup>24</sup> denomina de consensualidade de pura reprimenda.

Condição imprescindível do acordo é o compromisso de reparação integral do dano pelo autor da infração, não se admitindo, por força do ainda vigente artigo 5º da Lei nº 8.429/92, a previsão de condição que mitigue ou exclua a obrigação de integral ressarcimento do dano.

Frise-se, como bem ressalta a Nota Técnica nº 001/2020-CAODPP do Ministério Público do Ceará<sup>25</sup>, que a impossibilidade de redução do ressarcimento ao erário não impede a negociação acerca da forma de cumprimento da obrigação, que deverá levar em consideração a capacidade econômica do compromissário.

No ponto, cumpre ainda lembrar que eventuais valores apurados e ressarcidos em outros instrumentos negociais, que versem sobre os mesmos fatos e circunstâncias objeto do acordo de não persecução cível, deverão ser descontados da obrigação ressarcitória a que se submete o agente ímprobo, evitando-se, assim, um *bis in idem* quanto à reparação do erário.

É obrigatória a previsão no instrumento do acordo da perda dos bens e valores obtidos em decorrência da prática do ato de improbidade, conforme inteligência do artigo 6º da LIA.

Além do integral ressarcimento do dano e da perda dos bens havidos ilicitamente, quando concorrerem tais circunstâncias, deverá constar do instrumento do acordo, como bem aponta Andrade<sup>26</sup>, uma das sanções, propriamente ditas, do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, em razão do objetivo repressivo da ação de improbidade.

Cumprido ressaltar que não há óbice para a aplicação das sanções de perda da função

<sup>24</sup> GARCIA, op. cit.

<sup>25</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. *Nota Técnica nº 001/2020-CAODPP*. Disponível em: <[http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20\\_CAODPP\\_nota-tecnica-acordo-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-civel.pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20_CAODPP_nota-tecnica-acordo-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-civel.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2020.

<sup>26</sup> ANDRADE, op. cit.



pública e da suspensão dos direitos políticos por meio do acordo de não persecução cível, em que pese a previsão contida no artigo 20, *caput*, da Lei de Improbidade exija sentença condenatória transitada em julgado para a efetivação das referidas sanções.

A interpretação que deve se fazer é lógica: se é admitida a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos mesmo que diante da resistência do agente ímprobo, caso da sentença condenatória, por mais razão deve-se admitir a aplicação dessas sanções quando o agente não opõe qualquer resistência a elas, como ocorre no acordo de não persecução cível<sup>27</sup>.

Na verdade, o ponto controvertido da questão reside em perquirir acerca da possibilidade de efetivação de sanção de improbidade por meio de título executivo extrajudicial.

Nesse sentido, tratando do controle de legalidade do acordo, sustenta Gajardoni<sup>28</sup> a desnecessidade de homologação pelo Poder Judiciário, quando o acordo for firmado em fase pré-processual, aduzindo que nessa hipótese o controle se daria por meio de mecanismos internos do próprio órgão ou pessoa celebrante.

Também assim prevê a Resolução nº 01/2020 do Ministério Público do Estado de Pernambuco, ao dispor que os acordos extrajudiciais se submeterão à homologação por seu Conselho Superior.

Na esteira desse entendimento, à semelhança do que ocorre nos termos de ajustamento de conduta (TACs) e nos acordos de leniência, o acordo de não persecução cível, após o controle interno, assumiria a natureza de título executivo extrajudicial.

Não obstante, a sistemática extrajudicial dos acordos de leniência e dos TACs não pode ser aplicada aos acordos de não persecução cível. É que as sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade se submetem, para a sua aplicação, à reserva de jurisdição, não sendo admissível que normativas infralegais afastem a competência prevista em lei, sob pena de violação da coerência do ordenamento jurídico.

Cumprir notar ainda que a formação do acordo como título executivo extrajudicial gera dificuldades de ordem prática mormente porque, em regra, as sanções de improbidade administrativa dependem da intervenção do Poder Judiciário para serem efetivadas, especialmente quando atreladas ao registro em cadastro específico de condenados.

Nesse sentido, a Resolução Conjunta nº 6 de 21 de maio de 2020<sup>29</sup>, firmada pelo CNJ e

---

<sup>27</sup> ANDRADE, Landolfo. *Os limites materiais da solução negociada do conflito no domínio da improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/09/02/improbidade-administrativa-limites-solucao/>>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>28</sup> GAJARDONI, op. cit.

<sup>29</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução Conjunta nº 6 de 21/05/2020*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3328>>. Acesso em: 22 jun. 2020.



pelo TSE, prevê que a comunicação à Justiça Eleitoral, para fins de efetivação da sanção de suspensão dos direitos políticos, se dará por órgão do Poder Judiciário, não fazendo qualquer ressalva quanto à comunicação pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada.

Do mesmo modo, não há como se conceber a aplicação de sanções que imponham à Administração Pública uma obrigação de fazer ou de não fazer, como são os casos da perda da função pública e da proibição de contratar, quando a própria Administração não participar da celebração do acordo.

Como bem lembra Zamalloa do Prado<sup>30</sup>, o administrador público rege-se pelo princípio da legalidade administrativa, de modo que a ele somente é lícito fazer o que a lei autoriza. Nesse sentido, uma vez que a lei não prevê a possibilidade de perda de cargo em razão de transação, não poderia o administrador proceder à demissão do agente acordante.

Nessas hipóteses, em uma leitura conjugada dos artigos 20 e 17, § 1º da LIA, faz-se necessário a submissão do acordo à apreciação do Poder Judiciário, com a formação do consequente título executivo judicial, para que se possa dar cumprimento forçado ao acordo, nos moldes do que ocorre no cumprimento de sentença condenatória.

Por fim, não se pode olvidar que o acordo de não persecução cível está em uma zona intermediária, entre o acordo de leniência e os instrumentos negociais penais.

Com efeito, ao contrário do que ocorre no acordo de leniência, as sanções que são objeto do acordo de não persecução cível não se limitam a atingir o patrimônio do agente ímprobo, podendo repercutir em uma ampla gama de direitos, como no exercício de sua função pública, inclusive mandato eletivo, ou em sua cidadania.

De outro lado, o acordo de não persecução cível possui como uma de suas funções zelar pela efetiva prevenção às transgressões do dever de probidade administrativa, direito difuso indisponível, sendo necessário, portanto, que o negócio não seja por demais condescendente, sob pena de servir de estímulo à prática de atos de improbidade administrativa.

Por essa razão, é essencial o controle dos acordos de não persecução cível pelo Poder Judiciário, cumprindo ao juiz analisar não só a voluntariedade da avença mas também os limites da discricionariedade negocial, dentro de *standards* de razoabilidade e proporcionalidade, à semelhança do que ocorre com o acordo de não persecução penal (CPP, artigo 28-A, § 5º), evitando-se acordos abusivos ou insuficientes para a tutela dos interesses envolvidos.

---

<sup>30</sup> PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *Reflexões sobre o acordo de não persecução cível*. Disponível em: <<http://www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

## CONCLUSÃO

A previsão do acordo de não persecução cível, novidade trazida pela Lei nº 13.964/2019, colocou fim à antiga divergência existente na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de transação em matéria de improbidade administrativa, que decorria da proibição contida na redação original do artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Não obstante, a criação desse novo instituto de autocomposição desacompanhada de qualquer disciplina legal, por consequência do Veto Presidencial nº 726/2019, fez surgir questionamentos acerca dos pressupostos materiais e procedimentais para a celebração do negócio jurídico.

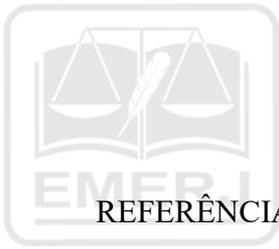
É certo que a melhor solução seria a edição de nova lei que trouxesse o regramento específico do acordo de não persecução cível. Entretanto, não se pode olvidar que as incertezas teóricas não têm impedido a celebração desse novo instrumento de autocomposição, já que há uma evidente necessidade de se garantir meios de solução de conflitos mais céleres e eficientes, como alternativas ao método heterocompositivo vigente.

Diante da situação narrada, buscou-se estabelecer, neste trabalho, uma solução para a lacuna legislativa, com base na interpretação do acordo de não persecução cível à luz das diversas leis que compõem o direito sancionador, especialmente a Lei Anticorrupção e a própria Lei de Improbidade Administrativa, de modo a garantir a previsibilidade e a segurança jurídica do negócio, sem prejuízo dos interesses envolvidos na avença.

De fato, a maior preocupação que se deve ter é com o respeito à confiança depositada pelas partes no acordo, razão pela qual há a necessidade de previsão de padrões claros para a sua celebração e para o seu conteúdo, sem os quais fica a avença sobre constante possibilidade de revisão, colocando em risco o sucesso desse novo instrumento jurídico em nosso ordenamento jurídico.

Reconheceu-se, ainda, no Poder Judiciário, importante função de fiscalizar o negócio jurídico em estudo, impedindo a efetivação de acordos que se mostrem insuficientes para os fins repressivos da Lei de Improbidade Administrativa, ou que sejam abusivos, atingindo, de sobremaneira, os direitos do agente compromissário.

Sendo assim, esse trabalho estabeleceu os principais requisitos materiais e formais do acordo, bem como a forma como se deve dar o controle da legalidade do seu conteúdo, de modo a garantir a validade e a eficácia do acordo de não persecução cível.



## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Os limites materiais da solução negociada do conflito no domínio da improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/09/02/improbidade-administrativa-limites-solucao/>>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372-A de 2018*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1844037&filenome=RDF+1+%3D%3E+PL+10372/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1844037&filenome=RDF+1+%3D%3E+PL+10372/2018)>. Acesso em: 22 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução Conjunta nº 6 de 21/05/2020*. Disponível em: <<https://ato.s.cnj.jus.br/atos/detalhar/3328>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. *Mensagem nº 726 de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 16544362/MT*. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=8318367&num\\_registro=201700331185&data=20180614&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=8318367&num_registro=201700331185&data=20180614&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 14 mai. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, [e-book].

CARVALHO, Lucas Vieira; ZUFELATO, Camilo. “*Lei Anticrime*” prevê acordos em ação de improbidade administrativa. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-08/lei-anticrime-preve-acordos-acao-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva; NEVES, Cleuler Barbosa das. Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, nº 218, p. 63-84, abr./jun. 2018.



GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em termo de improbidade administrativa*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativ>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992*. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/component/k2/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. *Nota Técnica nº 001/2020-CAODPP*. Disponível em: <[http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20\\_CAODPP\\_nota-tecnica-acordo-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-civel.pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20_CAODPP_nota-tecnica-acordo-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-civel.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. *Resolução nº 01/2020-CSMP*. Disponível em: <<https://www.mppe.mp.br/mppe/institucional/conselho-superior/conselho-instrumentos-juridicos/category/192-resolucoes?download=8482:resolucao-csmp-001-2020-acordo-de-nao-persecucao-civel>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Resolução nº 1.193/2020-CPJ*. Disponível em: <[http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL\\_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf](http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 36. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, [e-book].

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *A consagração legal da transação em improbidade administrativa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-17/mudrovitsch-pupe-consagracao-legal-transacao-improbidade>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *Reflexões sobre o acordo de não persecução cível*. Disponível em: <<http://www.mpgo.mp.br/boletimdompgo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?*. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4597236/mod\\_resource/content/0/TRANSACAO\\_DE\\_DIREITOS\\_INDISPONIVEIS%20-%20Elton%20Venturi.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4597236/mod_resource/content/0/TRANSACAO_DE_DIREITOS_INDISPONIVEIS%20-%20Elton%20Venturi.pdf)>. Acesso em: 14 mai. 2020.

ZARDO, Francisco. *Validade dos acordos de leniência em ações de improbidade*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-25/francisco-zardo-validade-acordos-aco-es-improbidade>>. Acesso em: 14 mai. 2020.



## TRIBUTAÇÃO SOBRE PATRIMÔNIO EM SUA PERSPECTIVA ESTÁTICA E DINÂMICA E NÃO-CONFISCO

Ruy Loury Pinheiro de Oliveira

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo** – o Direito Brasileiro enfrenta sérios problemas em relação à determinação e especificação do que seria o confisco em direito tributário. Jurisprudência anda cambaleante em relação a qual alíquota deveria ser usada para aferição de tal efeito. Nesse contexto, propõe-se adotar a perspectiva dinâmica para determinação do que seria confisco em relação a tributos incidentes sobre patrimônio – a quantidade de riqueza que poderia ser gerada pela base de cálculo. Desenvolve-se sobre a carga tributária do Brasil em comparativo com outros sistemas legais, além da visão de doutrinadores sobre o tema proposto relativo aos tributos incidentes sobre o patrimônio. Mostra-se que por ora é o único critério palpável para evitar confisco nessa espécie tributária.

**Palavras-chave** – Princípio do não confisco; Direito Tributário; Perspectiva Estática e Dinâmica da Tributação.

**Sumário** – Introdução. 1. O Princípio do Não-confisco e a necessidade de ação de um parâmetro objetivo. 2. Das Propostas de Tratamento do Princípio do Não Confisco no Direito Brasileiro. Diferenciação entre Perspectiva Estática e Dinâmica de Tributação. 3. Carga tributária brasileira e nos demais países e sua correlação com o princípio do não-confisco. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de utilização das perspectivas estática e dinâmica como parâmetro para verificar se há ou não confisco de determinado imposto incidente sobre patrimônio.

Sabe-se que jurisprudencialmente, os Tribunais Superiores utilizam-se de razoabilidade e proporcionalidade, princípios por demais vagos para determinação do que vem a ser um imposto confiscatório no respectivo caso, o que leva a insegurança jurídica e desconfiança por parte dos contribuintes e legislativos.

Busca-se definir como parâmetro a capacidade de gerar renda da respectiva base de cálculo como referencial para definição de alíquotas.

Sabe-se que os tributos, em especial os impostos, são usados para consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, justificando uma carga maior apenas se tais valores reverterem em sua totalidade em proveito do cidadão. Isso, claro, sob um viés filosófico. Busca-se averiguar se é a real situação do Brasil e relacionar ao efeito confisco.

Procura-se fazer um paralelo com a situação dos diversos países, desde os mais desenvolvidos até os com a mesma realidade econômica do Brasil, utilizando-se em especial do direito comparado.

Na pesquisa será utilizado o método hipotético-dedutivo, onde será feito um silogismo baseado no que foi apresentado, de forma que se chegue à conclusão de que a proposta de tratamento é adequada.

No primeiro capítulo será exposto um breve histórico sobre confisco no direito brasileiro e a interpretação jurisprudencial sobre o tema e o cenário de incerteza correlato a ele.

No segundo capítulo será exposta uma proposta de tratamento da matéria, a perspectiva dinâmica de tributação, com o fim de torná-la mais objetiva em substituição à razoabilidade e proporcionalidade.

No terceiro capítulo, será feita comparação entre a carga tributária brasileira e a dos demais países e uma breve exposição do sistema tributário estrangeiro.

## 1. BREVE EXPOSIÇÃO PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO NO DIREITO BRASILEIRO, SEU TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO E DA NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE UM PARÂMETRO OBJETIVO

Princípio de vertente constitucional funciona como garantia individual do contribuinte contra o Estado, no sentido de que o tributo não pode servir como instrumento expropriatório frente ao cidadão, obedecendo ao direito individual de propriedade privada.

Desde a antiguidade era comum a utilização de tributo como instrumento punitivo, sobretudo em Roma, contra os inimigos políticos do Senado. O cenário começa a mudar no Direito inglês, durante a idade média, como garantia da burguesia contra a nobreza. Desde então, o princípio não teve grandes alterações conceituais, o que mostra seu engessamento histórico.

A propriedade é direito fundamental, devendo sempre ser respeitada, mesmo pelo Estado no uso de suas armas de exação. Importante lição<sup>1</sup>:

[...] assim, pretende-se que os poderes públicos, de ordinário, passem a ter o dever de observar os direitos assegurados em sede constitucional. Sua eventual modificação ou

---

<sup>1</sup>LEAL, Roger Stiefelmann. *A propriedade como direito fundamental*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf?sequence>>. Acesso em: 17 mar. 2020.



superação somente teria cabimento quando tais procedimentos especiais fossem estritamente observados, formalizando genuína reforma constitucional. Desse modo, conferiu-se, na maior parte dos países do mundo ocidental, estatura constitucional ao direito de propriedade, atribuindo-lhe nível hierárquico superior aos demais atos legislativos. Na Constituição brasileira de 1988, a inviolabilidade do direito à propriedade é proclamada no caput do art. 5º. O inciso XXII do mesmo artigo, por seu turno, preceitua: é garantido o direito de propriedade. O art. 170, ainda, insere a propriedade privada entre os princípios da ordem econômica. Sublinhe-se, no entanto, que eventual limitação ou o seu cabimento deve ter apoio no texto constitucional. Não há restrição a direito fundamental sem base constitucional [...].

Em sede doutrinária, reina a mesma insegurança em relação ao que é efeito de confisco preconizado pelo texto constitucional, dificuldade inerente aos conceitos jurídicos indeterminados. Para Sabbag<sup>2</sup>, o princípio é demasiadamente lacônico, atrelando à superação da capacidade contributiva, sem haver demarcação clara do princípio do não-confisco nos casos de mutilamento parcial da propriedade.

Tal laconismo deve ser preenchido pelo intérprete no caso concreto. Porém, em Direito Tributário, tal indefinição acarreta sérias consequências práticas, uma vez que pode gerar a declaração de inconstitucionalidade de leis do ente respectivo, afetando suas arrecadações, às quais seriam destinadas ao financiamento de atividades essenciais do Estado e endividamento público decorrente da necessidade de repetição de indébito por parte do contribuinte.

O entendimento jurisprudencial sobre o tema, conforme aresto transcrito abaixo do Supremo Tribunal Federal, tende a analisar no caso concreto sob o viés da razoabilidade e proporcionalidade, ilustrativamente:

A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade que dispõe o contribuinte – considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de um determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico – financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte<sup>3</sup>.

<sup>2</sup>SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61.

<sup>3</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI-MC nº 2010*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738683/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2010-df>>. Acesso em: 20 mai. 2020.



Ante à incerteza que reina sobre o referido princípio, é corrente a declaração de inconstitucionalidade de leis fixando alíquotas consideraras pelo Pretório Excelso como confiscatórias. Há entendimento do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade de legislação tributária fixando alíquota de 100% para multas Tributárias, ante à ofensa à capacidade contributiva e à utilização do tributo como confisco, consignando a constitucionalidade multas moratórias de 30%<sup>4</sup>.

Pouco depois, ironicamente, entendeu o mesmo Tribunal pela inconstitucionalidade de multas moratórias em patamar superior a 20%, sob os mesmos argumentos de ofensa ao princípio da capacidade e de vedação do tributo com efeito confiscatório<sup>5</sup>.

Tal incerteza é inconcebível em um ramo de direito público responsável pelo próprio financiamento do Poder Público, responsável pela realização da maioria das políticas públicas e de condições existenciais.

Sob outro viés, tal insegurança é de forma idêntica prejudicial ao contribuinte, uma vez que o Princípio do Não-Confisco funciona como garantia individual, garantia que o Estado não usará do seu poder tributante para expropriar sua propriedade de forma dissimulada por meio de tributo. Logo, sem padrões objetivos, impossível é saber exatamente em que situações estaria seguro da exação estatal.

Importante conclusão sobre segurança jurídica pode ser retirada da seguinte lição doutrinária<sup>6</sup>:

[...] se o próprio fundamento de formação do Estado é, dessa forma, o poder de fazer leis que garantam segurança fora do estado de natureza, então é esse modelo de estado que constrói o modelo legislativo relacionado à noção de segurança. Até hoje o que se tem é que para haver segurança na sociedade é preciso que haja leis. O cidadão, para que se sinta seguro, precisa confiar que o Judiciário vai lhe trazer justiça quando um direito for violado. A segurança jurídica é um princípio que significa algo na direção de estabilidade, normalidade, esse sentimento de certeza que o cidadão tem que, ao acionar o Judiciário, não vai testemunhar alterações bruscas na realidade fático-jurídica. A segurança jurídica é, hoje, um dos pilares sobre os quais se fundamenta o Estado de direito<sup>13</sup>. Ele reserva para a segurança jurídica a posição de regra fundamental, associando a noções de paz, ordem e certeza jurídica, argumentando que sem segurança não é possível ter nenhum desses. É o que se infere dos diversos manuais de direito, que ensinam a segurança jurídica como algo natural e basilar na organização em sociedade. A construção do conceito de segurança jurídica

<sup>4</sup>BRASIL. *Agravo Regimental em RE n° 833.106*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25336254/agreg-no-recurso-extraordinario-re-833106-go-stf/inteiro-teor-157520507>>. Acesso em:

<sup>5</sup>BRASIL. *Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n° 727.872/RS*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=306826206&tipoApp=.pdf.%3C>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

<sup>6</sup>FERNANDES, Manuela Braga; FREITAS, Lorena de Melo. *A insegurança jurídica e suas consequências práticas para o direito do desenvolvimento econômico*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=428365de6e004c61>>. Acesso em: 17 abr. 2020.



como algo natural vem, justamente, como herança do jusnaturalismo, que justificava a promoção de segurança através da feitura de leis. O princípio da segurança jurídica vem, nesses termos, unir esses dois componentes: segurança e lei [...].

Logo, urge a adoção de um critério objetivo para verificação da ocorrência ou não do confisco no caso concreto, uniformizando a legislação nacional sobre determinado tributo, em fiel observância à segurança jurídica e à capacidade contributiva.

## 2. DAS PROPOSTAS DE TRATAMENTO DO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO NO DIREITO BRASILEIRO. DIFERENCIAÇÃO ENTRE PERSPECTIVA ESTÁTICA E DINÂMICA DE TRIBUTAÇÃO

Visto o patrimônio em sua perspectiva estática, tomaria-se o valor venal do patrimônio como referência de tributação tão somente, o que acabaria por levar à conclusão de que todo tributo incidente sobre a propriedade seria expropriatório. Explica-se: caso um imóvel fosse avaliado em R\$300.000,00 com incidência de R\$10.000,00 anuais a título de IPTU em 30 anos a propriedade do imóvel teria sido expropriada pelo Município.

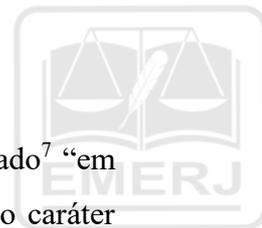
Com o fim de superar tal contradição, imaginou-se outra, tomando como referência uma visão mais moderna dos tributos sobre patrimônio.

Sabe-se que em uma economia capitalista toda propriedade é capaz de gerar riquezas, seja por meio de sua valorização natural – vista sob viés especulatório –, seja por meio de renda eventualmente gerada.

Logo, tomando o exemplo acima, caso o imóvel gerasse R\$20.000,00 anualmente a título de alugueres, seria questionável tomar tal alíquota como expropriatória.

Dentro desse paradigma, surgiu, em âmbito doutrinário, a proposta de ver sob outro viés tais tributos, a fim de criar um critério mais objetivo, substituindo a nebulosa proporcionalidade pela perspectiva dinâmica de tributação. Sob esse viés, o patrimônio é visto como algo dinâmico, capaz de gerar riqueza e essa riqueza deveria ser usada como parâmetro para verificação da adequação da alíquota do respectivo imposto não uma análise subjetiva de proporcionalidade.

Usando como exemplo as decisões mencionadas no capítulo anterior, seria mesmo uma alíquota de 30% expropriatória caso determinado ativo rendesse 50% de seu valor venal? Parece-nos que não.



Tal proposta é aceita e elogiada por diversos autores. Conforma Brito Machado<sup>7</sup> “em relação aos impostos incidentes sobre o patrimônio, o melhor critério para indicar o caráter confiscatório é a renda provável que o bem tributável pode gerar”. Na mesma esteira, Alexandre<sup>8</sup>:

[...] seguindo-se essa linha de raciocínio, seria correto afirmar que o imposto sobre o patrimônio, sob a perspectiva estática, pode ser confiscatório, não o podendo ser sob a perspectiva dinâmica, de forma a levar em consideração a possibilidade de a propriedade tributária gerar renda [...].

Certo é que poderia haver certa dificuldade do aplicador do direito em definir no caso concreto se determinado tributo ostenta caráter confiscatório ou não, uma vez que a exata definição do rendimento de determinado ativo demandaria conhecimento técnico e interdisciplinar. Porém, isso pode ser facilmente contornado: poderia o legislador delegar tal tarefa, por exemplo, a corpo técnico do executivo, o qual decidiria sobre a matéria por meio de legislação tributária. Porém, sob o prisma constitucional, tal forma de decisão é vedada, uma vez que alíquotas de tributo devem ser definidas por lei. Pergunta-se: teria o legislador de todas as esferas da federação celeridade a ponto de atualizar com certa frequência alíquotas de tributos de sua competência?

Logo, caso tal critério fosse adotado pelo Direito Brasileiro, deveria ser acompanhado de profundas mudanças de ordem constitucional para tornar-se viável.

Sob o ponto de vista do controle de constitucionalidade, o problema também surge sob o prisma da segurança jurídica: ante à fluidez da rentabilidade dos ativos, com maior frequência vão ser declaradas inconstitucionais leis devido à não observância da perspectiva dinâmica. Teria o judiciário celeridade para tal medida? Teria conhecimento técnico para tal? Profundas alterações deveriam ser feitas no direito brasileiro com o fim de adaptar tal medida.

Não são só prejuízos que derivariam de tal parâmetro. Além de objetivar de forma drástica o princípio do não-confisco em determinados tributos, tal medida atenderia a outro princípio de ordem constitucional: o da capacidade contributiva.

Por esse princípio, compreende-se que aqueles com maior riqueza deveriam pagar mais a fim de alcançar uma sociedade mais justa e igualitária, aqueles com menos poder aquisitivo deveriam pagar dentro de seu poder econômico. Consoante artigo 145, §1º da Constituição Federal de 1988: Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados

<sup>7</sup>MACHADO, Hugo de Brito. IPTU – Ausência de Progressividade. Distinção entre Progressividade e Seletividade. *Revista Dialética Direito Tributário*, Cidade, nº 31, abr. 1998.

<sup>8</sup>ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*, 6. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 89.



segundo capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Com efeito, segundo Meirelles<sup>9</sup>:

[...] no que se refere a uma definição do que seja “capacidade contributiva”, pelo que pudemos depreender, os conceitos de patrimônio, renda, utilidade, sacrifício e necessidade são conceitos estreitamente correlacionados, que guardam uma relação de interdependência entre si. Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência acabaram por convencionar que a conceituação de capacidade contributiva pressupõe a referência a uma força econômica complexiva. Buscando na ciência econômica os indícios de capacidade contributiva, procurou-se delimitá-los como sendo os seguintes: o conjunto de rendimentos; o conjunto patrimonial; o conjunto de despesas; os incrementos patrimoniais e os incrementos de valor do patrimônio [...].

Apesar da utilização do termo “sempre que possível”, o atual entendimento é pela imperatividade de tal princípio. Não seria apenas uma norma programática, mas sim uma imposição ao legislador. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua aplicação até a imposto real<sup>10</sup>, malgrado o texto de lei dizer “pessoal”:

[...] todos os impostos podem e devem guardar relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo e não ser impossível aferir-se a capacidade e contributiva do sujeito passivo do ITC. Ao contrário, tratando-se de imposto direto, a sua incidência poderá expressar, em diversas circunstâncias, progressividade ou regressividade direta. Todos os impostos – repito - estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, especialmente os diretos, independentemente de sua classificação como de caráter real ou pessoal; isso é completamente e irrelevante [...].

Tomando como critério a rentabilidade de um ativo, em vez de simplesmente uma alíquota fixa pelo valor venal do imóvel, natural seria que aqueles cuja renda fosse maior, pagariam mais tributos, ao contrário daqueles cujo ativo rendesse menos. Trata-se de medida isonômica.

O intercâmbio entre direito e outros ramos do saber sempre foi elogiado e incentivado em âmbito doutrinário como pode se depreender do seguinte trecho<sup>11</sup>:

<sup>9</sup>MEIRELLES, José Ricardo. *O princípio da capacidade contributiva*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/315/oprincipiodacapacidade.pdf?sequence=6&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

<sup>10</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 562.045/RS*. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738683/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2010-df>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

<sup>11</sup>ESTEVEES, Heloísa. *Economia e Direito: Um Diálogo Possível*. Disponível em: <<https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPGE/teses/2010/Heloisa%20Borges%20Esteves.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

[...] a análise interdisciplinar é necessária para compreensão da eficácia da ação estatal, questão fundamental, por exemplo, na análise de efeitos de normas e políticas públicas emanadas da Administração. Ela deve, entretanto, ser mais do que uma sobreposição de duas perspectivas sobre um mesmo tema (qualquer que seja ele); ela deve ser parte de um arcabouço metodológico que consiga tratar da relação entre sistema normativo e ação social econômica de forma a identificar, em cada sociedade, a capacidade de o direito conformar a conduta dos agentes. Economia e Direito não apenas permitem a pesquisa interdisciplinar, mas, principalmente, que podem dela se beneficiar. A construção da interdisciplinaridade “qualificada” tal como proposta no primeiro capítulo, contudo, exige que sejam não apenas reconhecidos e mapeados os obstáculos à integração, mas também o que já foi feito nesse sentido. É importante, então, explorar as contribuições dos ramos da Ciência Econômica que de alguma forma estudam os efeitos de normas sobre as decisões dos agentes econômico, identificando possibilidades de pesquisa interdisciplinar já presentes na teoria econômica [...].

Logo, apesar dos empecilhos jurídicos para adoção de tal medida, tais seriam contornáveis com a adoção de uma reforma tributária, ampliando a possibilidade de regulação infralegal dessas espécies tributárias, mas claro, sempre dentro de um padrão técnico, não como forma de excesso de exação por parte do poder público.

### 3. CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E NOS DEMAIS PAÍSES E SUA CORRELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO

O princípio do não-confisco não é uma invenção exclusivamente brasileira, tendo sua aplicação nas mais variadas nações. Porém, alguns países têm seus rendimentos majoritariamente oriundos de carga tributária, o que mostraria sua dependência econômica em relação à propriedade de seus cidadãos.

Alguns países como os Estados Unidos da América trabalham com a ideia de onerosidade excessiva da carga tributária, ideia semelhante ao não-confisco. Para aferição de tal critério, muitas vezes trabalham com a ideia de comparação entre os tributos dos diversos estados. Trata-se de uma análise também pouco objetiva.

Os países são divididos essencialmente em três categorias, de acordo com seu coeficiente fiscal, alto, médio e baixo. O coeficiente médio varia entre 15 e 20% e normalmente é onde se encontram os países em desenvolvimento. Já os de coeficiente alto, normalmente coincidem com os países desenvolvidos. A exemplo dos Estados Unidos da América com carga de 28%<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup>BARBOSA FILHO, Elber. *A tributação brasileira frente ao princípio do não-confisco*. Disponível em: <<https://www.univale.br/wp-content/uploads/2019/07/A-tributação-brasileira-frente-ao-princ%C3%ADpio-do-não-confisco.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.



O Brasil é o único país que possui tratamento tributário pormenorizado em sua própria Constituição. Tomando como exemplo os Estados Unidos da América, vale demonstrar como tratamento tributário é totalmente distinto do nacional<sup>13</sup>:

[...] as Principais balizas do Sistema tributário seguem pelo princípio do *voluntary compliance*, que se espera que o contribuinte informe todos os ganhos a serem tributados em nome do bem comum, desconhecendo institutos como fato gerador, obrigação tributária principal e acessória, entre outros. Eles ainda adotam critério de delimitação de competência tributária internacional a nacionalidade, que consiste em tributar os rendimentos dos nacionais independente da residência ou local onde foram auferidos. Uma das críticas de tal critério é a ideia de injustiça ao tributar indivíduos que não se beneficiam dos serviços que o Estado presta, no entanto, a mesma é rebatida pela proteção que o nacional dispõe no exterior. A maior parte da receita advém do imposto de renda, cuja incidência, para pessoa física, é a percepção de rendimentos de capital e da remuneração do trabalho. Já as pessoas jurídicas tributam-se vendas e serviços. Existe também imposto federal incidente sobre a folha de pagamento destinado a seguridade social. Ainda se tem, imposto sobre doações e transferências de bens, sendo considerados uns dos mais altos. É de competência estadual os impostos sobre o consumo, que diferente do nosso sistema, incide sobre o consumidor final, sendo a principal fonte de receitas dos estados norte americanos. Ainda de competência estadual tem-se o imposto sobre a venda de propriedade, sobre a titularidade da propriedade e o imposto de franquia (cobrado por alguns estados). Os municípios, por sua vez, cobram um imposto de renda municipal. Em 2009 a carga tributária norte-americana chegou a 28.2% em relação ao PIB do país [...].

O Brasil também é o país que possui a menor quantidade de tributos, possuindo carga tributária de 38,02% em relação ao PIB, número condizente com países desenvolvidos, porém, defasado da realidade fática brasileira. Há apenas cinco países com carga superior ao Brasil, quais sejam, Itália, Bélgica, Suécia, França e Dinamarca, todos com um aparelho assistencialista muito exacerbado, o que justificaria uma carga superior. Dentre esses cinco, apenas a Itália é subdesenvolvida.

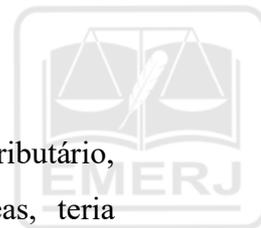
É de se destacar que ano após ano, a carga tributária brasileira se eleva, como forma de *Deus ex Machina* de resolução de problemas nacionais, conforme levantamento de Elber Barbosa<sup>14</sup>:

[...] é de se notar, diante dos dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, que a tendência é sempre a majoração da carga tributário ano após ano (excluído alguns anos), formando uma relevante preocupação resumida na seguinte pergunta: Qual será o limite máximo que a carga tributária pode alcançar? Com um raciocínio lógico, conclui-se que não é possível à imposição de uma carga tributária exacerbada para o contribuinte, desconstituindo-o de mecanismo jurídico que possa se apregoar para afastar a exação. A não argumentação já existente do mecanismo político de manejo com fixada prioridade fundamental de que somente se pode interferir no sistema tributário por meio de norma legal [...].

---

<sup>13</sup>Ibid.

<sup>14</sup>Ibid.



É de se questionar, um constituinte que resolveu dar tamanho tratamento tributário, elencando inúmeras garantias tributárias elevadas ao status de cláusulas pétreas, teria compactuado com tamanha exação por parte dos governos seguintes? No ano de promulgação da Constituição tínhamos uma carga tributária de 20% a qual foi elevada a quase 35% com o decorrer dos anos. Estaria o espírito do constituinte sendo respeitado com tamanha elevação tributária?

Urge que seja adotado um critério objetivo para fazer valer o princípio do Não-confisco frente à fome expropriatória do Estado Brasileiro, não só com o fim de proteger os rendimentos dos contribuintes, mas também fazer valer o espírito democrático do constituinte de 1988. Em uma comparação entre não-confisco e carga tributária<sup>15</sup>:

[...] segundo este entendimento, para que haja o confisco é necessário observar se está sendo prestado retorno público com aplicação do tributo arrecadado em face da população. Ora, a maioria dos países de primeiro mundo têm tributação elevada em relação ao PIB, a diferença é que nestes países a uma contraprestação do Estado com serviços públicos que de fato atendem as necessidades da população, o que não ocorre em nosso direito interno. Então, o tributo com efeito de confisco é aquele que absorve parte considerável do valor da propriedade, aniquilam a empresa ou impedem exercício da atividade lícita e moral [...].

Seguindo tal critério, diferente do proposto no artigo, onde se analisa os tributos sobre patrimônio, já aquele a carga tributária como um todo, o Brasil seria um país que despreza o não-confisco. Vale ressaltar que tais critérios podem ser conjugados, não seriam excludentes.

O que se vê é um desprezo pelo rendimento individual do contribuinte e uma dependência demasiada da arrecadação derivada do Estado Brasileiro. Sabe-se que muitos tributos não têm referibilidade, como os impostos, sob o ponto de vista jurídico-formal.

Porém, já há vozes doutrinárias no sentido de que mesmo a arrecadação dos impostos deveriam sim manter “referibilidade” com os gastos sociais, diante das exceções constitucionais, reinterpretando-se o que usualmente se fala sobre vinculação e impostos, sendo útil transcrever o entendimento<sup>16</sup>:

[...] vincular decorre da existência de um liame jurídico entre receita e despesa, de forma que haja uma específica relação entre o que se arrecada e aquilo em que se gasta o montante arrecadado. O art. 167, IV da Constituição[1] consagra o assim chamado

<sup>15</sup>Ibid.

<sup>16</sup>SCAFF, Fernando. *Vinculação de impostos a gastos sociais é uma cláusula pétrea*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-16/justica-tributaria-vinculacao-impostos-gastos-sociais-clausula-petrea>>. Acesso em: 20 set. 2020.



Princípio da Não-Afetação, proibindo a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Tal preceito revela-se uma cláusula aberta, consagradora da liberdade do legislador para dispor livremente de todas as receitas que tiverem sido auferidas. É interessante observar que no âmbito da Constituição de 1967/69 tal preceito se referia a tributos (art. 62, §2º), e não apenas a impostos, como na Constituição de 1988.

A despeito de consagrar a não-afetação de impostos, o inciso atual estabelece algumas exceções que envolvem uma série de diferentes assuntos e institutos jurídicos, como se verá.

É ressalvada da não-afetação “a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159”. Tais artigos dizem respeito ao federalismo fiscal, e determinam transferências obrigatórias entre os entes federados.

É também afastada do comando central da norma “a destinação de recursos (...) para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, §2º, 212 e 37, XXII”. A rigor, não se trata de uma vinculação, mas da indicação de uma prioridade, pois não há nenhum liame normativo unindo uma fonte de receita a essa despesa.

Outra afetação pode ocorrer para “a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo”. Aqui não há um vínculo pré-existente, mas uma autorização para que venha a ser estabelecida por lei uma vinculação unindo uma fonte de receita à prestação de uma garantia financeira decorrente de operações de crédito.

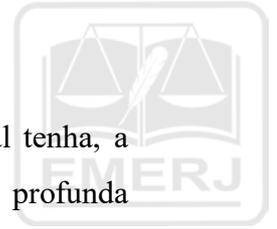
Apenas uma das exceções prevista no art. 166, IV, CF, diz respeito a dois dos direitos sociais: “a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino”. O liame jurídico que une a fonte de arrecadação para a realização desses gastos está constitucionalizado no art. 198, §2º, para a saúde, e no art. 212 para a educação [...].

Porém, sob o prisma de justiça e filosófico, há de haver um mínimo de lógica entre uma elevada carga tributária e o fornecimento de serviços essenciais à população. O tributo não é um fim em si mesmo. Adotar um critério objetivo é o primeiro passo para dar um fim à fome tributária do país.

## CONCLUSÃO

O princípio do não-confisco é uma importante garantia individual do contribuinte, além de um vetor axiológico geral que deve permear o direito tributário. Porém, dado seu extremo valor abstrato, fica a aferição na prática de sua ocorrência demasiadamente casuística e sujeito a incertezas. Já se tentou atrelar a carga tributária como um todo ao não-confisco, mas nada objetivo ao ponto de qualquer operador do direito considerar esse e aquele tributo como confiscatório.

O Direito Tributário, como ramo de direito público, e de importantes reflexos patrimoniais tanto sob o viés estatal quanto do contribuinte, não pode ficar ao alvedrio jurisprudencial sem qualquer previsão legal que o torne objetivo. A maior garantia individual é atrelada à legalidade e à segurança jurídica. O contribuinte deve ter um mínimo de previsibilidade sobre qual parcela de sua liberdade pode ou não ser roubada pelo Estado.



Apesar do conhecimento jurídico que se presume que o Supremo Tribunal tenha, a verificação de tal princípio ultrapassa o conhecimento referente ao direito, tendo profunda relação com outras ciências como a economia, a contabilidade e a administração, conhecimentos que não são exigíveis dos magistrados em geral. A Constituição da República pede do Pretório Excelso notório saber jurídico, não notório saber generalista. Uma possibilidade seria a já adotada prática do amigo da corte, porém, mesmo ela demandaria certo conhecimento, principalmente econômico, para acatar um ou outro parecer. Afinal, o *amicus curiae* não é magistrado, muito menos o Supremo Tribunal estaria vinculado ao seu entendimento. Ampliar a possibilidade de ampla dilação probatória em sede de controle concentrado, apesar de sua resistência por parte dos processualistas, parece ser um caminho a ser adotado.

Logo, a adoção de um critério único para os tributos sobre patrimônio mostra-se imperioso na atual conjuntura de incerteza e casuísmo da jurisprudência. Reconhece-se que o critério não será de fácil adoção, sendo precisa uma ampla discussão de sua aplicabilidade e das reformas legais e constitucionais a serem feitas para adequar o sistema à nova realidade.

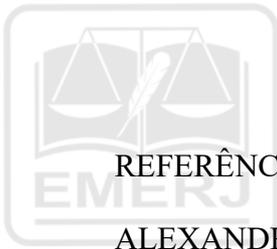
Reconhece-se que o ponto ainda foi pouco explorado pela jurisprudência e doutrina, devendo a discussão ser abrangente, envolvendo não só o direito, mas também outros ramos do conhecimento, principalmente a economia.

Pontua-se que uma carga tributária exacerbada tem impacto negativo no poder de renda do contribuinte e sérios impasses de ordem econômica, tornando o país menos atrativo para investimentos estrangeiros, além de incentivar práticas de evasão e elisão fiscal.

Sob o ponto de vista filosófico, uma elevada carga tributária sem o retorno equivalente ao que se paga é roubo, confisco e contrário ao espírito do constituinte. Daí a frase popular de que o Brasil seria um país subdesenvolvido com uma máquina tributária de país desenvolvido. Justamente a inexistência de um mínimo de referibilidade em relação a grande parte dos tributos aliada a um sistema de repartição tributária falida onde se premia a mediocridade sob o pretexto de diminuição de desigualdades regionais ajuda a alimentar o espírito de insatisfação em relação ao aparato expropriatório estatal.

Qualquer critério objetivo capaz de parar a fome tributária do Estado é bem-vinda na atual conjuntura.

Logo, a adoção do critério da tributação em sua perspectiva dinâmica, sendo o mais técnico, mostra-se fundamental para solução de impasses relativos ao efeito confiscatório de tributos sobre patrimônio. Reconhece-se que não soluciona todas as questões relativas à problemática do confisco, mas que é um começo.



## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 19 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI-MC nº 2010*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738683/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2010-df>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 727.872/RS*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=306826206&tipoApp=.pdf.%3C>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Agravo Regimental em RE nº 833.106*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25336254/agreg-no-recurso-extraordinario-re-833106-go-stf/inteiro-teor-157520507>>. Acesso em: 20 mai.2020

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 562.045/RS*. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738683/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2010-df>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. *Confisco tributário*. São Paulo: RT, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ESTEVES, Heloísa. *Economia e Direito: um Diálogo Possível*. Disponível em: <<https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPGE/teses/2010/Heloisa%20Borges%20Esteves.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

FERNANDES, Manuela Braga; FREITAS, Lorena de Melo. *A insegurança jurídica e suas consequências práticas para o direito do desenvolvimento econômico*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=428365de6e004c61>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

BARBOSA FILHO, Elber. *A tributação brasileira frente ao princípio do não-confisco*. Disponível em: <<https://www.univale.br/wp-content/uploads/2019/07/A-tributação-brasileira-frente-ao-princ%C3%ADpio-do-não-confisco.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BUYN JÚNIOR, Herbert C. P. de. *O princípio do não-confisco*. São Paulo: Novas Conquistas, 2001.

LEAL, Roger Stiefelmann. *A propriedade como direito fundamental*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf?sequence>>. Acesso em: 17 mar. 2020.



MEIRELLES, José Ricardo. *O princípio da capacidade contributiva*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/315/oprincipiodacapacidade.pdf?sequence=6&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. IPTU – Ausência de Progressividade. Distinção entre Progressividade e Seletividade. *Revista Dialética Direito Tributário*, Cidade, nº 31, abr. 1998.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Juspodivm, 2018.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCAFF, Fernando. *Vinculação de impostos a gastos sociais é uma cláusula pétrea*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-out-16/justica-tributaria-vinculacao-impostos-gastos-sociais-clausula-petrea>>. Acesso em: 20 set. 2020.



## O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE PROVAS

Samoel Gonçalves de Oliveira

Graduado pelo Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Advogado.

**Resumo** – o presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto do negócio jurídico processual, disciplinado de forma expressa no CPC/15, o qual permite às partes adaptar o procedimento às especificidades do caso concreto. Ao longo do seu desenvolvimento, será feita abordagem das principais características do negócio jurídico processual, do autorregramento da vontade — uma das facetas do direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º) — e da possibilidade da convenção processual disciplinar sobre provas.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Negócio jurídico processual. Autorregramento da vontade. Provas.

**Sumário** - Introdução. 1. Negócio Jurídico Processual no Novo Código de Processo Civil. 2. Autonomia Privada ou Autorregramento da Vontade 3. Negócio Jurídico Processual Sobre Provas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil anterior (Código Buzaid), em que pese seu primor técnico, mostrou-se obsoleto e ultrapassado. Não atendia ele à nova realidade brasileira de crescimento exponencial do número de processos, além de ser fundado em um publicismo exacerbado. Impunha um modelo de processo em que o juiz era a figura central do processo e a participação das partes era limitada.

Por evidente, com os anseios de maior participação do jurisdicionado na tomada de decisões, mormente após o advento da Constituição de 1988, mostrou ser esse modelo (hiperpublicista) insustentável.

Frente a esse cenário, foi editado o atual Código de Processo Civil (CPC/15), que passou a prever e melhor disciplinar diversos instrumentos vocacionados a trazer mais celeridade ao processo, privilegiar a autonomia da vontade da parte e atenuar o caráter público do processo. Dentre esses instrumentos, destaca-se o negócio jurídico processual.

Pelo negócio jurídico processual, podem as partes regular relações jurídicas processuais e alterar o procedimento, para que o processo melhor atenda aos seus interesses.



No exercício da autonomia da vontade, às partes é permitido convencionar sobre questões procedimentais, ainda que se trate de uma inovação.

No primeiro capítulo do presente trabalho, pretende-se trazer uma conceituação do instituto do negócio jurídico processual, com abordagem das suas principais características.

Em seguida, no segundo capítulo, serão tratados os contornos da autonomia privada (ou autorrogramento da vontade) no processo, apontado pela doutrina como subprincípio no Código de Processo Civil e faceta do direito fundamental à liberdade (CRFB/88, art. 5º).

Já no terceiro capítulo, bem delineados os contornos da autonomia privada no processo, será feita uma análise acerca da viabilidade da convenção processual sobre prova.

Para alcançar a finalidade pretendida, o pesquisador se utilizará de obras doutrinárias, legislação, artigos científicos e periódicos acerca do tema, qualificando a abordagem como qualitativa e exploratória.

## 1. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Na história recente da Justiça brasileira, em especial após o advento da Constituição de 1988, podemos identificar uma explosão do número de litígios, o que, por consequência, desencadeou uma verdadeira crise do sistema judicial brasileiro.<sup>1</sup> Crise essa que não se limitava ao crescimento vertiginoso de processos e da falta de mecanismos para lidar com a nova realidade, mas também a falta de legitimidade democrática do processo. Para fazer frente a essa realidade, foi editado o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

O novo diploma processual civil foi editado com objetivos claros de modernizar, organizar e simplificar o processo judicial, trazer mais agilidade ao seu desenvolvimento e privilegiar a autonomia da vontade das partes. Por essa razão, foram introduzidos e reformulados alguns instrumentos processuais, como a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que objetiva a resolução de processos em grande número que tratem da mesma matéria, a mediação e a conciliação e o negócio jurídico processual, sendo este o objeto do presente trabalho.

O negócio jurídico processual não é novidade introduzida no Direito brasileiro pelo CPC/2015, sua previsão é verificável até mesmo antes do CPC/39<sup>2</sup>. Algumas espécies de

---

<sup>1</sup>LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o poder judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>>. Acesso em: 11 out 2020.

<sup>2</sup>PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios processuais sobre presunções*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 84/85.



negócios processuais elencados no atual código de processo de há muito tempo existem no direito brasileiro, a exemplo da cláusula de eleição de foro e do acordo para suspensão do processo.

Na verdade, o que fez o CPC de 2015, influenciado pelo modelo inglês (*case management*) e francês (*contrat de procédure*)<sup>3</sup>, foi prever de forma expressa sobre o negócio jurídico processual e ainda trazer uma regra geral para o negócio jurídico atípico (no artigo 190 do Codex<sup>4</sup>).

Como explica Lara Dourado Mapurunga Pereira<sup>5</sup>:

O diferencial do CPC/15 foi o reconhecimento expresso, por meio da cláusula geral de convencionalidade, da possibilidade de convencionar sobre o procedimento e sobre as situações jurídicas processuais, que antes era constantemente questionada em razão da assistematização da disciplina no código anterior, que apenas previa certos negócios processuais típicos sem maiores esclarecimentos acerca de condições ou limites para a negociação processual.

Além do que, com o reconhecimento expresso do negócio jurídico processual, o legislador colocou fim à antiga discussão doutrinária acerca da sua existência.<sup>6</sup>

O negócio jurídico processual pode ser conceituado como método de criação de normas pela autonomia da vontade, mecanismo que possibilita às partes envolvidas, atuando dentro dos limites previamente estabelecidos pela lei, regular relações jurídicas processuais e alterar o procedimento. Trata-se de uma espécie de fato jurídico que tem como suporte fático a manifestação de vontade das partes envolvidas.

Fredie Didier Jr. conceitua o negócio jurídico processual como “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica

---

<sup>3</sup>NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – Volume único. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 389.

<sup>4</sup>BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 13 out. 2020. Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

<sup>5</sup>PEREIRA, op. cit., p. 85.

<sup>6</sup>“Tema que gera divergência doutrinária é o da existência de negócios processuais, ou seja, de negócios jurídicos realizados no campo do processo. É dissidente a doutrina acerca da possibilidade de alguém praticar ato destinado à consecução de determinado efeito processual, sendo a vontade humana dirigida, *in casu*, à produção do efeito, servindo o ato como mero instrumento para se permitir que o efeito se produza. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*: V. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 276



ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.”<sup>7</sup>

Antônio do Passo Cabral<sup>8</sup>, por sua vez, traz a seguinte definição de negócio jurídico processual:

Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento.

Assim, por meio de um negócio jurídico processual podem as partes adequar o processo ao caso concreto, de forma que ele melhor atenda aos seus interesses e necessidades, sendo a elas permitido convencionar sobre seus ônus, poderes e faculdades processuais.

O negócio jurídico processual pode ser classificado como típico ou atípico.

Negócios processuais típicos são aqueles previsto expressamente na lei, a exemplo da já mencionada cláusula de eleição de foro e da permissão de convenção para as partes suspenderem o processo (CPC, art. 313, II).

Os atípicos, por outro lado, são aqueles que não estão previamente delineados na lei, mas, decorrem da atividade criativa das partes e são possibilitados pela cláusula geral de convencionalidade (CPC, art. 190).

Como muito bem colocado por Igor Raatz<sup>9</sup>:

Com efeito, o art. 190 do atual Código de Processo Civil permite que as partes plenamente capazes possam estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidade da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes, ou durante o processo, desde que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição. O dispositivo é questão, sobremaneira inovador, insere-se na tendência do vem sendo chamado de “contratualização do processo”, conceito mais restrito que se insere na expressão francesa, mais ampla e geral, “contractualisation des modes de règlement des litiges”, a qual abarca tanto os “modes de règlement judiciaire” quanto os “modes de règlement extra judiciaire des litiges.

Cláusula geral pode ser entendida como espécie de norma de comando indeterminado e que não traz a consequência jurídica de sua não observância. Utiliza-se propositadamente de

<sup>7</sup>DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 25

<sup>8</sup>CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 74.

<sup>9</sup>RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios processuais, flexibilização procedimental*. 2. ed. ver., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 228 e 229.



termos vagos e efeito jurídico indeterminado<sup>10</sup>, de elementos mais flexíveis e de uma linguagem mais aberta e vaga, de modo a permitir uma aplicação mais ampla da norma.

Também, podemos classificar o negócio jurídico processual como unilateral, bilateral ou multilateral.

O negócio processual unilateral, é aquele que se perfaz pela manifestação de uma única vontade, ou seja, não se exige a manifestação de vontade da parte contrária. Geralmente são previstos expressamente na lei; típicos, portanto. Exemplos são a renúncia, a desistência e a escolha do procedimento a ser seguido no processo, feita pelo autor na petição inicial.

O negócio processual bilateral, por sua vez, é aquele que depende da manifestação de duas vontades, o que se verifica quando da convenção pela eleição de foro e da suspensão do processo. Os negócios jurídicos bilaterais podem ser divididos em contratos (interesses contrapostos) e acordos e convenções (as vontades se unem para um interesse comum).

Já os negócios plurilaterais, são aqueles formados pela vontade de mais de dois sujeitos (no caso, partes e juiz)<sup>11</sup>. Quanto a esses negócios, podem eles ser típicos, a exemplo do calendário processual (organização compartilhada); ou, atípicos, como seria o caso de convenção para definir o tempo de sustentação oral.

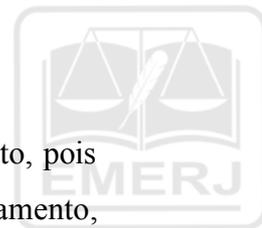
Além disso, o negócio processual, instrumento lastreado pelo autorregramento da vontade, pode ser realizado tanto antes do processo (em caráter pré-processual), a exemplo do que concerne à cláusula de eleição de foro, como também no curso do processo. O que vai qualificar o acordo de vontades como negócio jurídico processual é o fato de poderem as partes, atuando nos limites legais, regradar situações jurídicas processuais ou o alterar o procedimento para que produzam efeitos no processo, seja ele já existente ou futuro.

Com efeito, a mudança tem sido festejada por grande parte dos processualistas, que enxergam no alargamento das técnicas de resolução consensual um caminho para trazer mais celeridade ao processo e pacificação social. Além do que, defendem eles ser o negócio jurídico processual técnica compatível com as balizas da Constituição da República, que impõe um maior respeito a liberdade individual e incentiva a participação do jurisdicionado na tomada de decisão. Não por menos, teríamos adotado um modelo participativo de processo (CPC, art. 6º).

---

<sup>10</sup>REDONDO apud HOTOUM, Nilda Saleh. BELLINETTI, Luiz Fernando. Fundamentos principiológicos dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/15. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 3, p. 242-278, dez. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X2017v12n3p242. ISSN: 1980-511X.

<sup>11</sup>DIDIER JR., op. cit., p. 27.



Contudo, ainda há aqueles que não mostram muito entusiasmo com o instituto, pois não veem possibilidades de sua efetividade na prática. Alinhado a essa linha de pensamento, encontra-se o eminente processualista Daniel Assumpção Amorim<sup>12</sup>, que coloca:

Reconheço que o tema do negócio jurídico processual trazido por meio de uma cláusula geral desperta extremo interesse acadêmico, mas tenho sérias dúvidas de sua repercussão prática. A verdade é que, conforme já apontado, ainda que de forma tímida, o CPC/1973 já previa a possibilidade de acordos procedimentais pontuais entre as partes, sendo raríssima ocorrência, salvo na cláusula de eleição de foro.

Naturalmente, se o negócio jurídico processual vai ou não ser adotado na prática, só o tempo dirá. O que não podemos negar é que o CPC/15 ao melhor delinear e regulamentar o instituto do negócio jurídico processual oferece um eficaz instrumento para resolução consensual de conflitos, o qual privilegia a autonomia da vontade das partes, em detrimento do modelo paternalista anteriormente vigente.

## 2. AUTONOMIA PRIVADA OU AUTORREGRAMENTO DA VONTADE

O novo modelo de processo civil adotado no Brasil (Lei nº 13.105/2015), tido pela doutrina como participativo, ampliou de forma significativa o campo da liberdade do indivíduo no processo, refletido principalmente no que trata dos métodos e instrumentos processuais de solução consensual de conflitos, que inclui o negócio jurídico processual.

A autonomia privada ou autorregramento da vontade pode ser definida como a capacidade do sujeito, exercendo seu direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º), de regular juridicamente seus próprios interesses. É no campo da autodeterminação que o indivíduo pode decidir pelo que considera mais adequado a sua própria existência, fazendo suas escolhas.<sup>13</sup>

Conforme aponta Igor Raatz<sup>14</sup>:

A autonomia privada, portanto, é, em sentido largo, decorrência do princípio da liberdade e da própria dignidade da pessoa, entendida como corolário da autodeterminação do indivíduo. Nessa perspectiva, gozar de liberdade é atuar livremente tanto na sua própria esfera de interesses, quanto na esfera pública, participando desta para construir os próprios limites dessa mesma autonomia. A concepção da autonomia como manifestação de um poder de criar normas tem respaldo, desse modo, na própria ideia de democracia, que, nos atuais contornos do Estado Democrático de Direito, não se limita à veste restrita da democracia

---

<sup>12</sup>NEVES, op. cit., p. 389.

<sup>13</sup>DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 132.

<sup>14</sup>RAATZ, op. cit., p. 171.



representativa, dando especial relevo para a participação (direta e indireta) dos indivíduos na criação e desenvolvimento da ordem jurídica.

Emilio Betti explica a autonomia privada como sendo o poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas entre os particulares, em geral e abstrato, o que é autorizado por normas jurídicas prévias e procedimentais.<sup>15</sup>

Atuando âmbito do autorregramento da vontade e do Direito Processual podem as partes estipular regras de procedimentos, criar, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Podem elas assumir obrigações, como o exemplo da estipulação no sentido de que ao autor incumbirá arcar com os honorários do perito, bem como renunciar a posições vantajosas, como seria o caso da convenção pela vedação de recurso. Ou seja, possuem as partes um complexo de poderes que podem por elas ser exercidos, assim desejando.

Importante destacar que o princípio do autorregramento da vontade é entendido por parte da doutrina como princípio implícito no CPC/15. Para esses doutrinadores, o fundamento legal desse princípio é extraído principalmente do princípio constitucional da liberdade (art. 5º, *caput*, da CRFB); mas, também por normas espalhadas pelo CPC, a exemplo da cláusula geral do negócio processual (CPC, art. 190), da autocomposição, a qual permite a mediação e a conciliação (CPC, arts. 165 a 175); da possibilidade de, em acordo judicial, incluir matéria estranha ao objeto em litígio (CPC, 515, §2º). Fala-se, na existência de um microssistema de proteção da autonomia da vontade no processo no processo, inclusive.<sup>16</sup>

Conforme colocado por Fredie Didier Jr<sup>17</sup> .:

O direito fundamental à liberdade possui conteúdo complexo. Há a liberdade de pensamento, de crença, de locomoção, de associação etc. No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana.

Um dos norteadores do NCPC, o negócio processual estabelecido pelas partes prevalece até mesmo sobre a adequação do procedimento realizado pelo juiz (autorizado pelo art. 139, incisos IV e VI).<sup>18</sup>

<sup>15</sup>PEREIRA, op. cit., p. 92.

<sup>16</sup>DIDIER JR., op. cit., p. 21.

<sup>17</sup>Idem. *Curso de Direito Processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 132.

<sup>18</sup>PEREIRA, op. cit., p. 84.

Por certo, no exercício do autorregramento da vontade possuem as partes: a) liberdade de negociação, “zona das negociações preliminares”; b) liberdade de criação, o que lhes permite criar novos modelos processuais (atípicos); c) liberdade de estipulação, ou seja, decidir sobre o conteúdo da negociação; e, d) liberdade de negociação, decidir se vai vincular-se ao negócio.<sup>19</sup>

Entretanto, para a celebração de um negócio processual deve ser observado: a) sua celebração ser realizada por partes capazes, aferição que não se encerra na verificação do fato de a pessoa se encontrar no exercício dos seus direitos, como também na ausência de vulnerabilidade excessiva de uma das partes (isonomia); b) possuir ele objeto lícito; c) observar a forma prevista ou não proibida por lei (CC, art. 104).

Importante frisar que o art. 190 do NCPC restringe o negócio jurídico processual aos casos em que o direito discutido na lide admita autocomposição. Uma leitura apressada poderia levar a conclusão de ser proibida a celebração de negócio processual quando se estiver discutindo direito indisponível, contudo, não é essa a interpretação correta.

Isso porque o fato de o direito em litígio ser indisponível, a exemplo do que ocorre nas ações de alimentos e dos direitos coletivos, não torna inviável a celebração do negócio jurídico processual.<sup>20</sup> O que deve ser analisado é a possibilidade de autocomposição, que não recai sobre o direito material, e sim na forma como ele é exercido. A indisponibilidade do direito material não impede a celebração de negócio processual, uma vez que acordo processual não equivale à disposição do direito material. Há, na verdade, uma independência entre direito material e o processual.

Conforme explica o eminente processualista Antonio do Passo Cabral<sup>21</sup>:

Essa independência em relação ao instrumento deriva da ideia de que a autonomia das partes para conformar situações jurídicas processuais não é um mero complemento da liberdade no direito material, algo acessório e secundário que pudesse ser entendido como subordinado às regras do direito privado. Ao contrário, os acordos processuais devem ser compreendidos como independentes dos negócios jurídicos de direito material porque os atos processuais em geral produzem efeitos diversos de um instrumento, inclusive apartando os aspectos que tocam o direito material daqueles que envolvem o direito processual.

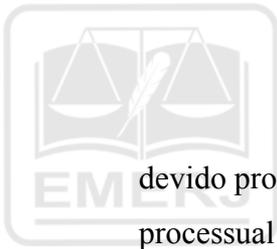
Como se nota, assim como nos demais ramos do direito, o autorregramento da vontade no processo civil não é ilimitado e encontra ele limites quando esbarra em normas fundamentais e garantias mínimas do processo, posições jurídicas estabelecidas no modelo de processo e no

---

<sup>19</sup>HATOUM apud NOGUEIRA, op. cit., p. 266.

<sup>20</sup>Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: (art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

<sup>21</sup>CABRAL, op. cit., p. 284.



devido processo legal.<sup>22</sup> Exemplo disso se dá no art. 190, que veda de forma expressa o acordo processual nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou no caso de vulnerabilidade de algumas das partes.

Também, por óbvio, não podem as partes invadirem as posições jurídicas do magistrado. O juiz, no modelo negocial processual proposto pelo CPC/15 atua no controle das convenções processuais, fiscalizando a observância dos requisitos de validade do negócio jurídico e a observância pelas partes das normas cogentes e dos postulados constitucionais.

Como não poderia deixar de ser, o negócio jurídico processual deve ser celebrado, aplicado e interpretado com estrita observância ao princípio da boa-fé objetiva<sup>23</sup>, de modo não poder a parte agir com abuso de direito, colocando-se em posição jurídica de extremada vantagem, como se daria no caso de inserção de cláusula de eleição de foro que dificultaria o acesso à justiça.

Para além disso tudo, importante frisar que o autorregramento da vontade no âmbito do processo deve ser analisado à luz do modelo de processo vigente.

Ao logo da história recente, podemos verificar a criação de dois diferentes modelos de processo: um no qual o Estado-juiz é protagonista, peça mestre do processo, modelo de processo esse intitulado inquisitorial (orientado pelo princípio inquisitivo); e, outro, chamado de modelo adversarial (preponderante o princípio dispositivo), no qual são as partes quem produzem provas e são as condutoras do processo, mantendo-se o juiz em estado de inércia, esperando o momento de julgar a causa.

O Código de processo Civil anterior (Código de Buzaid), inegavelmente tinha mais características de processo inquisitivo, conforme a presença da figura do juiz com super poderes (versão paternalista de processo). Porém, com a Constituição Federal de 1988, esse modelo tornou-se incompatível, como já salientado anteriormente, mormente com o fortalecimento das garantias fundamentais do processo.

Nesse ínterim, foi editado o CPC/15, primordialmente estruturado nos princípios do devido processo legal, da boa-fé e do contraditório. E, em decorrência da grande relevância desses princípios no novo modelo de processo, defende-se ter sido implementado no Brasil um novo modelo de processo, o modelo de processo democrático participativo (CPC, art. 6º).

---

<sup>22</sup>NEVES, op. cit., p. 399.

<sup>23</sup>BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *Enunciado nº 06*: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.” Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2020.



Indubitavelmente, não é possível afirmar ser o atual modelo de processo absolutamente adversarial ou inquisitivo. Mas, fato é que quanto mais poderes forem conferidos ao juiz e menor participação das partes na formação do processo, mais se aproxima o processo do modelo inquisitivo; assim como maior autonomia conferida às partes faz o processo se aproximar do modelo adversarial.

E, é justamente com base nessas premissas e análise dos principais institutos do atual *Codex* que a doutrina defende trazer o CPC/15, ainda, um modelo de processo inquisitorial. Porém, um modelo inquisitorial temperado, em que o caráter público do processo é atenuado e as partes podem participar mais ativamente da formação do processo. No modelo adotado, as partes e Estado-juiz constroem em conjunto o resultado do processo, daí surgir a nomenclatura “processo participativo”.

Segundo precioso ensinamento do eminente professor Alexandre Freitas Câmara<sup>24</sup>:

o processo não pode mais ser compreendido como um mecanismo a ser conduzido pelo juiz como sujeito mais importante. É preciso ter do processo uma visão participativa, policêntrica, por força da qual juiz e partes constroem, juntos, seu resultado final. Não existe, pois, uma relação processual entre Estado-Juiz e partes, com o Estado em posição de superioridade. O que existe é um procedimento em contraditório destinado à construção dos provimentos estatais, em que todos os sujeitos interessados participam, em igualdade de condições, na produção do resultado.

No modelo participativo de processo (CPC, art. 6º), pretende-se pôr fim a protagonismos, partes e juiz são colocados em posição assimétrica, em pé de igualdade, sem que haja destaque de qualquer sujeito do processo. Estabelece-se, assim, um modelo de processo mais democrático, em que os indivíduos, em situação de igualdade, participam na criação e desenvolvimento também do processo.

Assim, no CPC/15 a figura da parte no bojo processo ganha um redimensionamento, passa ela a ter maior autonomia para definir e ajustar, inclusive no processo, o que lhe pareça mais favorável. Além de permitir uma solução mais célere para lide, mostra ser a ampliação da liberdade negocial processual um alinhamento do Direito Processual com os preceitos democráticos vigentes, em que a vontade das partes assume papel de relevância na tomada de decisões e construção de soluções.

---

<sup>24</sup>CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 34.



### 3. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE PROVAS

Antes de iniciar a discussão acerca da possibilidade de convenção processual disciplinar sobre provas, necessário se faz saber a natureza das normas que tratam de provas.

Há duas diferentes correntes doutrinárias que explicam a natureza jurídica das provas no processo. A corrente materialista, para a qual as normas sobre prova são indissociáveis do direito material discutido, o que se pode extrair, inclusive, do fato de alguns institutos, a exemplo do ônus da prova, serem regidos pelo direito material. E, a corrente processualista, que adota entendimento no sentido de dever ser o instituto da prova disciplinado pelo direito processual, pois no âmbito do processo que a prova vai cumprir seu papel, qual seja, influenciar no julgamento da causa.<sup>25</sup>

Mas seria permitido às partes, a partir da cláusula geral de convencionalidade (CPC, art. 190), estabelecer convenção processual tratando sobre provas?

Parte da doutrina defende a inviabilidade da convenção processual sobre prova, ao fundamento de que este acordo poderia significar uma limitação na descoberta da verdade real, o que acarretaria na prolação de uma decisão com grau de justiça reduzido.<sup>26</sup> Para os seus defensores, a prova seria instrumento destinado à reconstituição dos fatos trazidos no processo. Quer dizer: seria a prova vocacionada à descoberta dos fatos, na forma como aconteceram.

Em crítica à ideia de verdade real, aponta Fredie Didier Jr.<sup>27</sup>:

A prova, portanto, dificilmente servirá para construir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo. [...] Calcar a teoria processual sobre a ideia de que se atinge, pelo processo, a verdade material, seria mera utopia. O mais correto, mesmo, seria entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível da real, própria da condição humana. Esta, sim, seria capaz de ser alcançada no processo, em razão do exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes de comprovarem a veracidade de suas alegações.

<sup>25</sup>DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 79-81.

<sup>26</sup>Por outro lado, partindo-se da premissa enunciada acima, segundo a qual a apuração da verdade dos fatos configura-se como uma condição necessária de justiça da decisão, tem-se que qualquer derrogação ou limitação que se faça a tal apuração determina inevitavelmente – mesmo quando isso acontece por razões dignas de consideração – um *déficit* na descoberta da verdade e, portanto, um *déficit* correspondente na legalidade e na justiça da decisão. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 147-148. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4374573/mod\\_resource/content/0/UMA%20SIMPLES%20VERDAD E%20PARTE%201.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4374573/mod_resource/content/0/UMA%20SIMPLES%20VERDAD E%20PARTE%201.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2020.

<sup>27</sup>Ibid., p. 46/47.



Por óbvio, esse entendimento de obtenção de uma “verdade real” no processo não deve prevalecer, já que não é possível o juiz fazer essa reconstituição dos fatos. Sem contar que o conceito de “verdade real” não é compatível com o atual modelo de processo civil, o qual adota um conceito de verdade factível, construída a partir das alegações das partes sobre o contraditório, tratando a prova em sentido persuasivo.<sup>28 29</sup> Significa que as provas tem por função reforçar a veracidade das alegações formuladas pelas partes e discutidas no processo.

Outra vertente da doutrina, por outro lado, entende ser possível a convenção processual tratar sobre provas, mas desde que o acordo não afete os poderes do juiz, mormente aqueles destinados a verificação da veracidade dos fatos.<sup>30</sup> Ou seja, desde que o pacto probatório não venha a impedir a busca de uma decisão justa, corolário de um juiz com ampla atividade probatória. Entretanto, essa vertente também é passível de críticas, já que de certa forma todo negócio processual, ainda que de forma indireta, influência os poderes do juiz.

Adotando uma corrente mais liberal, defendemos a possibilidade do negócio processual disciplinar sobre provas e, sem que isso signifique violação a figura do juiz.

Conforme mencionado no capítulo anterior, o Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid) era orientado por um hiperpublicismo, no qual o juiz era alçado a figura central do processo. O juiz tinha poderes para tudo; as partes, porém, poderes de interferência quase inexistentes.

Acontece que com o advento da Constituição Federal de 1988 esse modelo de Estado paternalista, com poderes supremos e responsável pela tutela de todos passou a perder força e o jurisdicionado a reclamar por mais autonomia para tutelar a sua própria liberdade, inclusive dentro do âmbito de um processo judicial. Foi justamente em decorrência desses anseios foram produzidas significativas mudanças no CPC/15, deixando o juiz de ser visto como Ser supremo no processo e as partes meros expectadores.

Com isso, em que pese o CPC/15 ainda manter o caráter predominantemente público do processo, observa-se a opção por sua versão atenuada, em que se confere maiores poderes de participação e influência às partes. Não por menos, tem sido o novo modelo de processo convencionalmente chamado de participativo (CPC, art. 6º).

---

<sup>28</sup>PEREIRA, op. cit., p. 120.

<sup>29</sup>Incumbe ao juiz, ao proferir a decisão, apresentar uma valoração discursiva da prova, justificando seu convencimento acerca da veracidade das alegações, e indicando os motivos pelos quais acolhe ou rejeita cada elemento do conjunto probatório. Em outros termos, cabe ao juiz, na valoração da prova, encontrar a verdade que tenha sido demonstrada no processo através dos elementos de prova a ele carreados. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 206.

<sup>30</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.398



No modelo participativo de processo, os sujeitos do processo têm igual relevância e atuam em conjunto para o estabelecimento de um resultado. Assim, as partes não só podem como devem participar da formação do resultado do processo, o que inclui a atividade probatória.

As convenções processuais não acarretam uma eliminação do poder de instrução do juiz, “mas um tratamento mais balanceado dos poderes do juiz em razão da tensão entre publicismo e privatismo, com redução (não eliminação!) dos poderes do juiz em razão da atuação legítimas das partes.”<sup>31</sup>

Se à parte é permitido optar por ajuizar ou não a ação, reconhecer a procedência do pedido, desistir da ação, por que não lhe seria permitido, no exercício do autorregramento da vontade e atuando dentro dos limites impostos pela legislação vigente, delimitar de forma consensual o que será apreciado pelo juiz?

As provas produzidas no processo não são destinadas apenas ao juiz, mas também às partes, que precisam se convencer do esgotamento dos instrumentos e meios legalmente dispostos e, até mesmo da correção (justiça) da decisão proferida pelo juiz. Assim, mostra-se incorreta a negativa do reconhecimento do negócio processual sobre prova ao simples fundamento de que ela poderia provocar uma limitação na atividade probatória ou obstáculo intransponível, em especial ao juiz, da descoberta de uma utópica verdade real.

Ora, uma simples reflexão mais apurada sobre o processo na prática forense permite concluir ser a atividade probatória limitada, por vezes, até mesmo pelo próprio juiz. Basta lembrar daqueles casos em que o julgador não permite a oitiva de certa testemunha ou indefere determinadas perguntas por entender estarem os fatos o suficientemente comprovados.

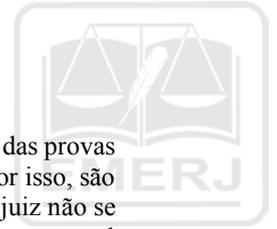
Indubitavelmente, o que torna uma decisão mais “justa” não é a figura do Estado-juiz com poderes ilimitados e irrestritos, na incessante busca pela suposta e utópica verdade real. Essa concepção de julgador é típica de Estados autoritários, não do modelo de processo democrático proposto pelo CPC/15. O que torna mais acertada (justa) uma decisão, é ser ela tomada com base nas provas legalmente produzidas no processo, à luz do contraditório e das normas aplicáveis.

Como bem pontua Alexandre Freitas Câmara<sup>32</sup>:

Sendo juiz e parte destinatários da prova, a todos eles é reconhecida a existência de poderes de iniciativa instrutória. O art. 370, aliás, estabelece expressamente que cabe ao juiz, “de ofício ou a requerimento da parte”, determinar as provas necessárias ao

<sup>31</sup>CABRAL, op. cit., p. 153.

<sup>32</sup>CÂMARA, op. cit., p. 204.



juízo do mérito. Às partes evidentemente caberá postular a produção das provas que lhes pareçam relevantes, pois é delas o direito material em debate e, por isso, são elas titulares de interesse em produzir prova. Não se pense, porém, que ao juiz não se deve reconhecer poderes de iniciativa instrutória. Em um modelo processual cooperativo como o adotado pelo CPC (art. 6º), em que juiz e partes atuam juntos, de forma participativa, na construção em contraditório do resultado do processo, é preciso reconhecer que também o juiz tem poderes de iniciativa instrutória. Afinal, a ele – tanto quanto às partes – incumbe atuar na direção da construção de um resultado justo, constitucionalmente legítimo, para o processo.

A atividade probatória do juiz deve ser limitada aos casos em que aos litigantes é impossibilitado a produção da prova, a exemplo da convocação inquirição de testemunha, expedição de carta rogatória, requisição de documento de acesso restrito como declaração de Imposto de Renda. Isso quer dizer, quando o convencionado não for o bastante para subsidiar a decisão judicial.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>33</sup>, defendendo a liberdade de convenção das partes no âmbito do instituto da prova, esclarecem:

as partes podem livremente convencionar sobre o ônus da prova, sem que isso viole a ordem jurídica. Desse modo, nada impede que as partes convencionem desde logo, no plano do direito material, que, caso venha a ocorrer qualquer litígio relativo a contrato, a prova de determinado fato deva ser produzida por este ou aquele contratante. Da mesma forma, se já existe o conflito, ou mesmo se ele já foi levado ao Judiciário, podem as partes estabelecer, de comum acordo, que determinado fato deva ser provado por essa ou aquela parte.

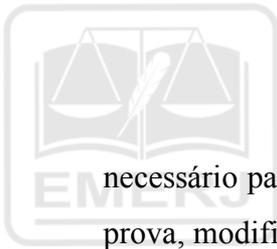
No mesmo sentido são as lições de Fredie Didier Jr.<sup>34</sup>:

Tal negócio jurídico processual é lícito: as partes podem dispor sobre como será provado um fato, assim como podem dispor sobre como será provada a existência de um negócio jurídico, nos termos do art. 109 do Código Civil (que admite a possibilidade de celebração de negócio jurídico com cláusula que imponha a necessidade de instrumento público para a sua validade).

Desse modo, sendo permitido convencionar sobre questões de fato ou de direito que foi ou será objeto do processo, as partes podem convencionar sobre: i) os meios de prova, quer dizer, definir os meios de prova que poderão ser usados em um processo pendente ou futuro, sendo permitido inclusive, restringir os meios à elas disponíveis; ii) o procedimento de produção da prova, ou seja, estabelecer o modo pelo qual a prova será produzida no processo; iii) o ônus da prova, sendo permitido a elas estabelecer um regra diversa do ônus da prova, inclusive, afastando a previsão legal; iv) o *standard* de prova, que se traduz no “*quantum*”

<sup>33</sup>MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 398.

<sup>34</sup>DIDIER JR. op. cit., p. 186.



necessário para confirmar a alegação de veracidade de uma alegação de fato; v) valoração da prova, modificar a forma de valorar os meios de prova.

Portanto, a autonomia da vontade não pode ser limitada ao ajuizamento da ação, mas deve abranger uma ampla possibilidade de atuação no curso do processo. Podem as partes, atuando dentro limites legais, regular seus interesses, inclusive para tratar sobre provas, sem que isso implique violação à ordem jurídica.

## CONCLUSÃO

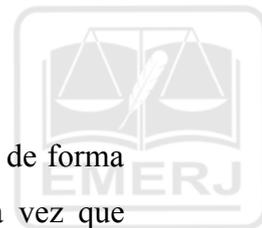
Esta pesquisa teve como norte abordar o negócio jurídico processual, instituto que há muito tinha sua existência no Direito brasileiro defendida, mas que apenas no CPC/15 ganhou disciplina expressa e apropriada. O melhor tratamento ao negócio jurídico processual dependido no atual código de processo civil não se deu unicamente para pôr fim à dissidência doutrinária acerca da sua existência; não, os objetivos visados foram maiores. Como apontado ao longo do trabalho, o negócio jurídico processual passa a integrar o complexo de instrumentos vocacionados a trazer maior celeridade, efetividade e autonomia da vontade da parte ao modelo de processo participativo proposto.

No decorrer da pesquisa, foi demonstrado ser o autorregramento da vontade decorrência lógica do postulado da liberdade, encampado no artigo 5º da Constituição da República. Explicou-se que autorregramento da vontade deve ser entendido como a capacidade do sujeito de regular juridicamente seus próprios interesses e que, no processo, isso pode ser traduzido como a liberdade conferida às partes para estipular regras de procedimentos, criar, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais.

Conforme repetidas vezes afirmado, no novo modelo de processo civil, as partes atuam em conjunto com o magistrado na construção de um processo, em pé de igualdade, sem protagonismo da figura do juiz. O protagonismo da figura do julgador na condução do processo e da colheita das provas, verificável no modelo de processo anterior (hiperpublicista), passa a ser indesejado.

Inicia-se, assim, a construção da maturidade de que decisão justa é aquela construída com a ampla participação das partes, o que inclui a atividade probatória. E, a premissa de que o pacto probatório extrapola os poderes inerentes à figura do juiz e retira dele a possibilidade da busca da verdade real não mais subsiste.

O empoderamento da parte no processo, mormente após o aprimoramento dos instrumentos de resolução consensual de conflitos, que inclui o negócio jurídico processual,



permite afirmar, com segurança, existir liberdade para que as partes convençionem de forma bastante ampla, inclusive sobre as provas. Claro, liberdade nunca irrestrita, uma vez que encontra limites imposto pela própria lei e pela boa-fé.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, ser o negócio jurídico processual valioso instrumento disposto às partes para melhor adequar o processo às especificidades do caso concreto, sem que isso implique em violação às normas processuais vigentes. Por ele, privilegia-se os interesses das partes envolvidas, em detrimento de um formalismo e publicismo do processo indesejáveis. Além do que, permite tornar o processo mais eficiente, célere e legítimo, do ponto de vista democrático.

## REFERÊNCIAS

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 13 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 out. 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. Fundamentos principiológicos dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 3, p. 242-278, dez. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X2017v12n3p242. ISSN: 1980-511X, Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2017v12n3p242>>. Acesso em: 13 out. 2020

\_\_\_\_\_. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. V. 1. São Paulo: Atlas, 2014.



LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o poder judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>>. Acesso em: 22 set. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: JusPodivm, 2020.

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

SILVA, Maurício Falconni Ribeiro e. *O negócio jurídico processual no novo Código de Processo Civil: análise sobre a aplicação deste instituto*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-negocio-juridico-processual-no-novo-codigo-de-processo-civil-analise-sobre-a-aplicacao-deste-instituto/>. Acesso em: 13 out. 2020.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 147-148. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4374573/mod\\_resource/content/0/UMA%20SIMPLES%20VERDADE%20PARTE%201.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4374573/mod_resource/content/0/UMA%20SIMPLES%20VERDADE%20PARTE%201.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2020.

## OS CONTORNOS DO FEDERALISMO MISTO BRASILEIRO DIANTE DO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Samuel da Silva

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-Graduando pela EMERJ- Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – a CRFB de 1988 consagrou um novo modelo de federalismo chamado de misto ou híbrido, que congrega aspectos tanto federalismo dual quanto do federalismo cooperativo. Durante um largo período houve uma preponderância das competências da União, que amparada na jurisprudência do STF e no princípio da simetria, acabava por esvaziar o espaço de atuação dos Estados-membros e dos Municípios. A mudança se deu em 2020, por meio de um novo entendimento do STF, que no julgamento da ADIn nº 6.341, resguardou as competências comuns e concorrentes dos Estados-membros e Municípios frente aos avanços da União.

**Palavras-chave** – Federalismo misto. Federalismo dual. Federalismo cooperativo. Supremo Tribunal Federal. Divisão de competências.

**Sumário** – Introdução. 1. A Construção do Princípio da Simetria e a Asfixia do Aspecto Cooperativo do Federalismo Misto Brasileiro na Constituição Federal de 1988. 2. O Incentivo à Centralização em Razão da Indefinição das Competências Comuns e Concorrentes na Ordem Constitucional de 1988. 3. Ano 2020: A Virada Jurisprudencial do STF na Delimitação das Competências Comuns e Concorrentes. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O modelo federativo brasileiro surge com a proclamação da República em 1889, mas no decorrer dos tempos diversas outras constituições tentaram encontrar a melhor forma de federação diante das peculiaridades sociais e culturais brasileira. Assim, coube a Constituição da República de 1988 atribuir, ao menos teoricamente, à federação brasileira um modelo misto de federação, com características tanto do federalismo dual, como do federalismo cooperativo.

O texto constitucional de 1988 dispôs sobre as competências comuns e concorrentes, no intuito de fortalecer as características de um federalismo cooperativo, pressupondo a soma de esforços dos entes federativos em prol do bem comum para a sociedade. No entanto, o aspecto cooperativo do federalismo misto brasileiro foi difícil de ser implementado, tendo em vista a



aos Estados-membros e Municípios as chamadas competências residuais.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal corroborou a asfixia das competências estaduais e locais por meio da consagração do chamado princípio da simetria, fazendo com que o âmbito de atuação do legislador local fosse reduzido a mero reproduutor das normas constitucionais de maior hierarquia.

Em 2020, em razão de uma crise sanitária mundial, o Supremo Tribunal Federal teve que fixar um posicionamento contrário aos interesses da União, fazendo com que os Estados-membros e Municípios tivessem as suas competências concorrentes resguardadas em benefício da saúde da população.

O primeiro capítulo discutirá até que ponto o princípio da simetria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reduziu o alcance das competências dos Estados-membros e dos Municípios no âmbito jurídico-constitucional em favor da centralização na entidade federativa da União.

O segundo capítulo vai abordar como a falta de delimitação das competências comuns e concorrentes contribuíram para a concentração das competências na União, tendo em vista que os Estados-membros e os Municípios são materialmente e economicamente dependentes da União.

O terceiro capítulo vai abranger como o Supremo Tribunal Federal mudou a sua orientação jurisprudencial, em razão da pandemia COVID-19, passando a preservar o espaço dos entes federativos locais.

O objetivo do presente trabalho é comprovar como o federalismo misto brasileiro, aglutinando características do federalismo dual e do federalismo cooperativo, tem os seus contornos delimitados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que consagrou o princípio da simetria, centralizando os poderes na União Federal.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – especialmente no que tange à análise doutrinária e jurisprudencial – para sustentar a sua tese.



## 1. A CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA E A ASFIXIA DO ASPECTO COOPERATIVO DO FEDERALISMO MISTO BRASILEIRO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A consagração do princípio da simetria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reduziu o alcance das competências dos Estados-membros e dos Municípios no âmbito jurídico-constitucional, além de ter facilitado a centralização das competências na entidade federativa da União.

A coexistência e harmonia entre as diversas esferas de poder é um dos pressupostos da noção de Estado Federal, nesse sentido a Constituição Federal de 1988 tem como base um Estado Democrático de Direito, formado pela união indissolúvel dos Estados-membros, Municípios e do Distrito Federal. O texto constitucional traz o artigo 25<sup>1</sup> como ponto central para a autonomia dos Estados na federação:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Nesse sentido, os estados-membros devem organizar as suas constituições e leis, conforme os princípios da Constituição, mas observando a ressalva do parágrafo 1º, do artigo 25, que traz as vedações constitucionais.

Os municípios têm a sua competência regulada pelo artigo 30 da Constituição Federal<sup>2</sup>, dispondo da seguinte forma:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I- legislar sobre assuntos de interesse local;

II- suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>2</sup> Ibid.



Conforme se pode observar, existe uma tendência de limitação das competências dos entes federativos. O artigo 30 da CRFB condiciona a autonomia dos municípios aos assuntos de interesse local, e um caráter suplementar à legislação federal e estadual. Por mais que a noção de federação pressuponha que não exista hierarquia, e que os entes federativos são autônomos e independentes entre si, verifica-se na prática um direcionamento na concentração de competências da União em detrimento dos Estados-membros e dos municípios.

Verifica-se que os Estados-membros até podem legislar sobre determinadas matérias, dispondo sobre normas gerais e normas específicas, desde que não cause conflito com o poder da união. Porém, se a União editar alguma lei com norma geral, a legislação estadual terá sua eficácia suspensa, no que conflitar com a nova Lei.

Para contornar os embates entre os entes federativos, o Supremo Tribunal Federal, em razão de sua posição constitucional, acaba por exercer o papel de árbitro da federação, e tenta apaziguar os conflitos de competência entre os entes federativos. Nessas disputas, o Supremo ao elaborar o princípio da simetria, buscou implementar uma fórmula por meio da qual se reduziria os litígios federativos.

A problemática surge pelo fato de não existir nenhum julgado específico que serviu como norte para o princípio da simetria, conforme dispôs Léo Ferreira Leony<sup>3</sup>:

Sem explicitar a origem, a natureza ou mesmo o significado de tal “princípio”, aquele Tribunal da Federação aproveitou-se reiteradamente desse “fundamento” para tornar sem efeito uma série de leis e atos normativos editados principalmente pelos poderes públicos estaduais, sem falar em incontáveis atos concretos das mesmas autoridades igualmente nulificados por “desconformidade” com o referido postulado.

Em julgamento na ADI 5.300, o Ministro Alexandre de Moraes<sup>4</sup>, com base no princípio da simetria, decidiu que a Constituição de um Estado-membro não pode ir além do que foi delimitado pela Constituição Federal. No caso concreto, a Constituição do Estado do Amapá concedeu privativamente ao legislativo estadual, a competência para requisitar informações dos Secretários de Estado e do Procurador-Geral de Justiça sobre assuntos relacionados com suas pastas ou instituições.

O Ministro Alexandre de Moraes embasou a sua decisão no fato da Constituição Federal de 1988, ao disciplinar a matéria relativa ao poder de fiscalização por parte do Legislativo, dispôs expressamente quais são as autoridades sujeitas à acusação pela prática de

<sup>3</sup> LEONCY, Léo Ferreira. *Releitura do Princípio da Simetria*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>, Acesso em: 19 mai. 2020.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.300*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768160253/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5300-ap-amapa-8622089-1520151000000/inteiro-teor-768160261?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 set. 2020



crime de responsabilidade, no caso de descumprimento de pedido de informações formulado pelo Poder Legislativo. O texto constitucional lista apenas os Ministros de Estado ou titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, ocorrendo assim flagrante violação dos artigos 50 e 58, parágrafo 3<sup>a</sup>, da Constituição da República.

Desse modo, além do próprio texto constitucional restringir os espaços de atuação dos entes federais em razão das competências exclusivas e privativas da União, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal facilita essa centralização. A CRFB/88 parte da premissa de que cabe aos Estados-membros, aos Municípios e ao Distrito Federal tratarem de maneira suplementar aquilo que não for contrário à legislação federal. Nesse sentido, o princípio da simetria serve como um limite objetivo dos legisladores e gestores públicos estaduais e municipais para não ultrapassarem os limites do texto constitucional federal.

Na prática, se percebe uma forma de engessamento da noção de federalismo cooperativo, desconfigurando o federalismo híbrido brasileiro. O autor Rodrigo Brandão<sup>5</sup> escreveu que a Constituição Federal de 1988 consagrou um modelo federal misto com características do federalismo dual (norte-americano), e do federalismo cooperativo (germânico):

O primeiro é caracterizado pela atribuição aos entes federativos de competências privativas e exclusivas, que possuem natureza mutuamente excludente, na medida em que a atribuição de competência a um ente implica a exclusão dos demais (arts. 21 e 22 da CF/88).

O segundo é caracterizado pela atribuição de competências comuns e concorrentes, em que diferentes entes federativos devem somar esforços e atuar de maneira harmônica para perseguir objetivos comuns (arts. 23 e 24 da CF/88). Quanto à matéria, as competências se dividem em administrativas (prática de atos administrativos e de serviços públicos) e legislativas (edição de normas).

Sobre o federalismo cooperativo, o autor Nelson de Freitas Porfírio Júnior<sup>6</sup> abordou como ocorre o funcionamento:

[...] o federalismo cooperativo enfatiza a necessidade de os Estados trabalharem harmonicamente em conjunto com o governo federal para resolver os problemas do país. Estão presentes as noções de união, aliança, cooperação e solidariedade e são frequentes as concessões de ajudas federais aos Estados-membros.

Assim, dentro de uma noção de federalismo cooperativo, em que as palavras chaves são harmonia, solidariedade, união em prol do bem comum, a construção jurisprudencial do

---

<sup>5</sup> BRANDÃO, Rodrigo Pessanha. *Coronavírus e o conito federativo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-e-o-conflito-federativo-11042020>>. Acesso em: 10 out. 2020.

<sup>6</sup> PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. Federalismo, Tipos de Estado e Conceito de Estado Federal. In: CONTI, José Maurício (organizador) *Federalismo Fiscal*. São Paulo: Manole, 2004, p. 9.



princípio da simetria limita a concretização desses fins. Na realidade, o que resta para os demais entes federais, é atuarem apenas naquilo que a União for omissa.

Sobre a outra face do federalismo misto brasileiro, Nelson de Freitas Porfírio Júnior<sup>7</sup> entende que o federalismo dual:

[...]corresponde ao tipo original de federalismo, que se caracteriza pela existência de duas esferas de poder nitidamente distintas, com atribuições e competências próprias, ou seja, há uma repartição horizontal de competências, geralmente acompanhada por uma previsão de tributos próprios. Não existe nenhuma preocupação constitucional com a coordenação ou a harmonização das atividades exercidas por cada uma delas. Esse é o tipo clássico de federalismo, mais característico das federações formadas por agregação.

Verifica-se que não há nenhuma noção de coordenação ou harmonia das atividades exercidas por específico ente dentro do federalismo misto brasileiro. Desse modo, em razão da concentração de competências na União, o princípio da simetria ao dispor que os demais entes devem se espelhar no texto constitucional, naquilo que não houver uma pré-determinação, acaba por legitimar a centralização das competências no ente de maior poder, reduzindo a autonomia dos entes federativos.

O autor José Arthur de Castillo Macedo<sup>8</sup> concebe que os conflitos de competências, bem como as disputas políticas para interpretação da constituição, como características ínsitas à estrutura da federação:

Em primeiro lugar é necessário compreender que a estrutura federativa não funciona como uma arena de disputa estática, cujos limites claros estão estabelecidos na Constituição. Além dos resultados eleitorais, os atores políticos disputam entre si a interpretação da Constituição, o que pode lhes assegurar mais poder ao proteger os valores que lhes são caros, ao ampliar as suas competências, ou dar uma resposta as suas bases eleitorais.

Já no debate recente acerca da divisão de competências entre os entes federativos no combate ao coronavírus, o autor<sup>9</sup> identifica que essa disputa política se tornou ainda mais evidente:

Por isso, tenho ressaltado que a própria estrutura federativa faz parte do jogo e da dinâmica política por mais poder. Porém, num momento de crise ou de calamidade, esse aspecto se sobressai, pois os atores podem agir de forma coordenada para enfrentar o vírus, ou não. Ao competirem entre si as razões podem ser as mais diversas, sejam elas altruístas, republicanas ou mesquinhas.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> MACEDO, José Arthur de Castillo. *Coronavírus e federalismo: o cálculo político do conitono combate à pandemia*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-e-federalismo-o-calculo-politico-do-conflito-no-combate-a-pandemia-08042020>>. Acesso em: 10 out. 2020.

<sup>9</sup> Ibid.



Num ambiente multidiverso como o Brasil, a melhor solução seria a descentralização do poder político pelo espaço geográfico, de maneira a incentivar as competências dos entes locais, mas preservando a autoridade do poder central. Por essa lógica, os entes federativos que estão mais próximos da população, tem mais possibilidades de entenderem os anseios locais para uma melhor resolução dos conflitos.

Observa-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao consagrar o princípio da simetria afastou o federalismo cooperativo da realidade brasileira, consagrando um federalismo dual puro e simples.

## 2. O INCENTIVO À CENTRALIZAÇÃO EM RAZÃO DA INDEFINIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

Na ordem constitucional de 1988, a falta de delimitação das competências comuns e concorrentes contribuíram para a concentração das competências na União, colocando os Estados- membros e os Municípios como material e economicamente dependentes do ente central.

Inicialmente, vale relembrar que o processo de formação da federação no Brasil se deu pela segregação, de modo centrífugo, em que o ente central concedeu autonomia aos entes federados. Assim, no cerne da federação brasileira, já se observa uma tendência centralizadora, pois o ente central cedeu o seu poder para formação dos demais entes.

A Constituição de 1891 foi a primeira da era republicana, e também a precursora da forma federativa de estado na realidade brasileira. A primeira constituição federativa estipulou um federalismo dual, descentralizado, nos moldes norte-americanos, com a nítida divisão de competências entre os estados e o ente central. A influência norte-americana era tamanha que a Constituição de 1891 foi batizada de Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

Vale ressaltar que na elaboração do texto constitucional, a abordagem da forma federativa de estado não ocorreu por meio de um debate democrático, em que poderia ter sido discutido a formulação de um projeto político de estado que fosse condizente com a realidade do país no fim do século XIX.

Ao longo do processo histórico das constituições brasileiras, a federação brasileira oscilou entre a centralização e a descentralização. A Constituição de 1946 apresentou novamente um federalismo dual já com muitas modificações em relação à Constituição de 1891, tendo em vista a ampliação nas competências da União, com as chamadas competências



exclusivas.

As fases de mais centralização, com a forte concentração de poder na esfera da União, se deram no Estado Novo (1937 – 1945), e na ditadura militar (1964 – 1985). Os períodos de mais autonomia para os entes federados ocorreram na chamada República Velha (1891 – 1930), e entre ditaduras (1946 – 1964).

Com a Constituição Federal de 1988, que veio num contexto de redemocratização, se esperava mais liberdade e autonomia para os entes federativos, mas devido ao texto constitucional com diversas normas de reprodução obrigatória e cláusulas abertas, a tendência centralizadora do poder na esfera da União foi mantida.

Nesse sentido, Carlos Bastilde Horbach<sup>10</sup> identificou a coexistência entre centralização e descentralização na federação brasileira da seguinte maneira:

A dualidade de estruturas de poder e de ordens jurídicas está, portanto, no cerne da federação, propiciando que as diversidades plasmadas na unidade federal mantenham sua identidade, suas características próprias, com governos e leis que lhes sejam adequados. Nesse quadro, evidencia-se a importância da fixação clara e precisa das normas federais necessárias à garantia da unidade federativa, as quais não podem tolher de tal modo as unidades federadas a ponto de aniquilar a diversidade que sua autonomia garante. Cuida-se, pois, de um delicado equilíbrio de forças, que propicia a realização do binômio fundamental do Estado federal, qual seja, coesão e particularismo.

Na Constituição Federal de 1988 há a coexistência de competências comuns e concorrentes – facilitando a descentralização, no mesmo espaço das competências privativas e exclusivas – prestigiando a centralização. Por isso, se fala num federalismo misto ou híbrido, que é ao mesmo tempo dual e cooperativo, assimétrico e simétrico.

Outra discussão que remete ao debate entre centralização e descentralização diz respeito à federação assimétrica e a federação simétrica. Na ordem constitucional de 1988 haveria uma assimetria no plano material ou social, devido a uma significativa diversidade de condições econômicas, sociais ou culturais, sendo a federação brasileira assimétrica nestes aspectos. Já a simetria ocorreria na esfera jurídica, pois os entes federativos são tratados de maneira igual, sem hierarquia entre um ente maior e um ente menor.

O autor Nelson de Freitas Porfírio Júnior<sup>11</sup> entende que todas as unidades federativas são dotadas da mesma capacidade, sem ocorrer hierarquização entre elas:

[...]um federalismo ideal (que pode ser denominado simétrico) pode não conduzir a

<sup>10</sup> HORBACH, Carlos Bastide. *Há unidade ou diversidade na jurisprudência federativa?*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-set-28/observatorio-constitucional-unidade-jurisprudencia-federativa>> Acesso em: 01 set. 2020.

<sup>11</sup> CONTI, op. cit., p. 10 e 11.

bons resultados. Ao contrário, o tratamento diferenciado de cada unidade autônoma, respeitando as necessidades e particularidades de cada uma, poderá gerar um desenvolvimento global ao país. Aplica-se, aqui, o conceito antigo de isonomia - tratar os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

O autor<sup>12</sup> ao tentar solucionar a proposição conclui por uma nova concepção de federalismo, em que seria permitido manter a autonomia dos entes locais, ao mesmo tempo em que apresentaria flexibilidade suficiente que permitiria a realização de planos, programas e projetos conjuntos entre as diversas esferas, sob a coordenação do poder central.

A igualdade de condições entre os entes federativos (federalismo simétrico) não seria salutar, pois deveria haver uma coordenação do poder central em conjunto com os entes locais para realização de planos, projetos e programas no tocante às políticas públicas que necessitam a população dos entes federativos mais desprovidos de recursos.

Em sentido oposto, Léo Ferreira Leony<sup>13</sup> demonstrou que a limitação oferecida pelo texto constitucional (federalismo assimétrico) restringe a autonomia dos estados-membros:

Por outro lado, questões há para as quais a Constituição não oferece qualquer resposta ou, ao menos, não a oferece de maneira clara, embora haja a sensação de que devesse fazê-lo. São exemplos de questões dessa natureza saber: (a) se os Estados-membros podem adotar o instituto da reclamação constitucional; (b) se a União pode isentar tributos dos outros entes federativos quando fizer as vezes de República Federativa do Brasil; (c) se o Distrito Federal deve ser tratado como Estado ou como Município em determinadas questões; (d) se os Municípios podem estabelecer novos direitos fundamentais em sua Lei Orgânica; ou (e) se a União, ao intervir no Distrito Federal, pode fazer as vezes de legislador local.

Continua o autor<sup>14</sup> a dizer que:

Quando uma determinada questão federativa constitui um “caso difícil”, é cabível considerá-la uma questão federativa sem solução constitucional evidente. E com essa expressão pretende-se abarcar seja os casos afetados pela indeterminabilidade horizontal da Constituição (que dão origem a lacunas normativas), seja os casos afetados pela sua indeterminabilidade vertical (que dão origem a lacunas de indeterminação), uma vez que ambas as categorias, sem distinção, caracterizam-se por serem casos de difícil resolução (os chamados *hard cases*).

Por fim, o autor<sup>15</sup> concluiu que:

Por um lado, pode-se considerar que todas as “matérias” sobre as quais não recaia qualquer vedação podem ser objeto da atuação estadual autônoma; nesse primeiro sentido, poder remanescente significa um conjunto de assuntos que, por não estarem reservados a qualquer outra esfera de competência (nem pública, nem privada), estão à livre disposição dos Estados, respeitados os limites constitucionais pertinentes ao

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> LEONCY, Léo Ferreira. *Questões federativas ainda continuam sem Resposta*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2013-nov-16/observatorio-constitucional-questoes-federativas-ainda-continuam-resposta?imprimir=1 2/6](http://www.conjur.com.br/2013-nov-16/observatorio-constitucional-questoes-federativas-ainda-continuam-resposta?imprimir=1%20/6)>. Acesso em: 01 set. 2020.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid.



seu exercício. Por outro lado, conforme aquele mesmo texto, também é possível dizer que todas as “possibilidades” de atuação criativa, qualquer que seja o assunto ou a matéria de competência estadual, estão permitidas aos Estados desde que não estejam de algum modo vedadas.

O modelo desenhado pela Constituição Federal de 1988, e seguida pela legislação infraconstitucional, dificultaria, nas palavras de Ricardo Lodi Ribeiro<sup>16</sup>, o combate às desigualdades sociais e regionais. Para o autor, não bastaria transferir valores de certos tributos federais para estados e municípios, pois os entes precisariam de fontes próprias de arrecadação obtidas a partir de suas competências fiscais, tendo em vista que "são estados e municípios que atendem as maiores demandas sociais da população, nas áreas de saúde, educação e segurança, por exemplo".

Já Marcus Abraham<sup>17</sup> pontua que essa concentração de poder na União enfraqueceria o processo democrático, pois os embates entre governos regionais e central impediria o Executivo federal de coordenar de forma eficiente o país. Segundo o autor, a omissão em expandir as atribuições dos Estados e Municípios seria uma "omissão fiscal" ou "parasitismo fiscal", que ocorreria "quando municípios não cobram tributos de sua competência e vivem na dependência das transferências obrigatórias". Desse modo, poderiam ocorrer estímulos aos Estados-membros e Municípios a terem uma postura incompatível com o interesse nacional, além de incentivar a guerra fiscal e minimizar os procedimentos de redução das desigualdades.

Portanto, como se pode observar, existem competências materiais estipuladas na Constituição Federal de 1988 que delimitam a atuação dos entes federativos na consecução de seus objetivos regionais e locais. Historicamente, tais delimitações passaram por diversos momentos de centralização ou descentralização, mas o que se comprovou no aspecto fático é a ausência de políticas públicas para as regiões mais distante do espectro político e econômico da federação.

A maneira como se deu essa omissão vem principalmente da dependência que os entes federativos possuem com a União, o que dificulta a forma como as políticas públicas podem ser planejadas e implementadas, tendo em vista a ausência de autonomia financeira dos Estados e Municípios.

---

<sup>16</sup> RODAS, Sérgio. *Crise mostra necessidade de aumentar autonomia financeira de estados e municípios*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/crise-mostra-urgencia-aumentar-autonomia-estados-municipios>>. Acesso em: 01 set. 2020.

<sup>17</sup> Ibid.

### 3. ANO 2020: A VIRADA JURISPRUDENCIAL DO STF NA DELIMITAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES

A história da federação no Brasil é marcada por uma espécie de omissão intencional entre os entes federativos envolvidos na implementação de políticas públicas, em que muitas vezes o Município acusava o Governo Federal de não enviar verbas para a execução de determinados fins, enquanto o Governo Federal acusava os entes locais de gerir mal o dinheiro disponibilizado. A influência política preponderava na coordenação entre as diversas esferas de poder.

Conforme apontado nos dois primeiros capítulos, havia também uma tendência centralizadora na jurisprudência do STF, por meio da consagração do princípio da simetria, que favorecia a concentração de poderes na União Federal. Além disso, o próprio texto constitucional privilegiava o ente central na distribuição das competências comuns e concorrentes, pois cabia à União Federal estipular as regras gerais.

No ano de 2020, em razão da pandemia do COVID-19, o STF passou com mais frequência a exercer o papel de árbitro da federação, tendo que delimitar com clareza o espaço de atuação do poder central, sobretudo o poder executivo, sobre os demais entes federativos.

A edição da Lei Federal nº 13.979/2020<sup>18</sup>, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do surto de coronavírus, em que foi estabelecido mais autonomia aos entes federativos (Estados-membros, Municípios e Distrito Federal) na elaboração de planos de contenção da expansão da doença no Brasil, ocasionou uma insatisfação no poder central. Por tal razão, foi editada a Medida Provisória nº 926<sup>19</sup>, de 20 de março de 2020, que promoveu significativas mudanças na Lei Federal nº 13.979/2020, principalmente no artigo 3º, caput, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11, em que a União Federal assumiu o papel de controle nos planos de contenção da pandemia, com grande destaque ao poder atribuído ao Presidente da República e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Devido a controvérsia existente sobre o controle da pandemia, em que de um lado havia a descentralização, estipulada na Lei nº 13.979/2020, e do outro a centralização, concebida pela Medida Provisória nº 926/2020. O Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, com pedido cautelar, em face da MP

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei nº 13.979/2020*, de 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm)>. Acesso em: 10 out. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL. *Medida Provisória nº 926*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm)>. Acesso em: 10 out. 2020.



926, sob o argumento de inconstitucionalidade formal, pois a matéria era reservada à lei complementar, mas foi tratada por medida provisória, o outro argumento preponderante foi em relação à competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a teor do artigo 23, inciso II, da Constituição Federal<sup>20</sup>, no tocante ao tema saúde.

Em decisão monocrática, o Ministro Marco Aurélio de Mello<sup>21</sup> suspendeu a eficácia dos dispositivos da Medida Provisória nº 926/2020 que colidiam com as competências concorrentes já consolidadas pelo STF. Quando o tema foi levado ao colegiado, o plenário estipulou que as competências concedidas à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) pela Medida Provisória 926/2020 não afastam a competência concorrente de estados e municípios sobre saúde pública.

O Ministro Marco Aurélio<sup>22</sup> em seu voto, que foi ratificado no plenário, asseverou que:

[...]O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

Continuou o Ministro Marco Aurélio<sup>23</sup> a expressar que:

[...] União exerce sua prerrogativa de afastar a competência dos demais entes sempre que, de forma nítida, veicule, quer por lei geral (art. 24, § 1º, da CRFB), quer por lei complementar (art. 23, par. único, da CRFB), norma que organiza a cooperação federativa. Dito de outro modo, na organização das competências federativas, a União exerce a preempção em relação às atribuições dos demais entes e, no silêncio da legislação federal, têm Estados e Municípios a presunção contra essa preempção, a denominada "*presumption against preemption*" do direito norte-americano.

Conforme se pode verificar, o Supremo Tribunal Federal teve uma mudança jurisprudencial em relação a centralização de competências em favor da União. O tema debatido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341 destacou o aspecto cooperativo do federalismo misto brasileiro, em que o ente central e os entes locais trabalham em conjunto em prol do bem comum, que no caso objeto da decisão se trata da contenção da pandemia do coronavírus e a saúde dos brasileiros.

Nesse sentido, a doutrina também tem se dedicado ao tema, Marco Aurélio Marrafon<sup>24</sup>

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6.341*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2020

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. *CF estabelece cooperação federativa para superar crise do coronavírus*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/constituicao-poder-cf-estabelece-cooperacao->



expôs que o texto constitucional carrega certa ambiguidade em relação ao seu caráter dual e ao seu caráter cooperativo, pois a Constituição brasileira de 1988 não teria adotado o modelo estadualista- dualista de federalismo, descentralizado e típico dos Estados Unidos, tampouco acatou o paradigma oposto, o hierárquico centralizador presente em grande parte de nossa história.

Explica Marco Aurélio Marraffon<sup>25</sup> que:

Ainda que o artigo 21 estabeleça um amplo rol de competência administrativas exclusivas e que o artigo 22 trate de maneira igualmente ampla as competências legislativas privativas atribuídas à União, o que demonstra o grande prestígio e o papel de coordenação do ente nacional, é preciso atentar para o artigo 23 que define as competências comuns em matéria de saúde, políticas educacionais, meio-ambiente, cultura etc. indicando o caminho do federalismo cooperativo como o centro do modelo constitucional adotado.

Segundo o autor<sup>26</sup>, a recente jurisprudência do STF, em razão da pandemia do coronavírus, trouxe uma definição para uma questão até então mal delimitada:

Especificamente em relação às políticas para combater a pandemia de coronavírus, destaca-se o inciso II do artigo 23, que estabelece a competência comum para cuidar da saúde e o inciso XII do artigo 24, que inclui a proteção e a defesa da saúde no âmbito da competência concorrente.

Em interpretação sistemática, é preciso considerar também as competências locais e suplementares dos municípios (artigo 30, I e II, CF/88).

Isso significa que o mandamento constitucional que regula o tema impõe uma ação coordenada entre União, Estados-Membros e DF e Municípios para construir soluções em conjunto e, assim, garantirem a efetividade das políticas públicas imprescindíveis para o momento.

O autor Rodrigo Brandão<sup>27</sup> pontuou que a questão gira em torno da saúde pública, sendo necessário estipular qual a competência de cada ente:

Cuidando-se de conjunto de normas que se destina a enfrentar o coronavírus, a matéria central é a saúde pública. No plano administrativo, a competência para prestar o serviço público de saúde é comum entre a União, estados e municípios (art. 23, II, da CF/88).

No plano legislativo, a competência é concorrente entre estes entes federativos (art.24, XII c/c art. 30, I e II, da CF/88). O constituinte vislumbrou uma cooperação nas medidas administrativas e legislativas de promoção à saúde, para que União, estados e municípios somassem esforços para se desincumbirem desse desafio que é proteger a saúde de mais de duzentas milhões de pessoas em um país continental e em desenvolvimento como o Brasil.

O autor<sup>28</sup> conclui o seu raciocínio no sentido de que o constituinte de 1988 ao tratar das

---

federativa- crise-covid-19>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> BRANDÃO, Rodrigo Pessanha. *Coronavírus e o conito federativo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-e-o-conflito-federativo-11042020>> Acesso em: 10 out. 2020

<sup>28</sup> Ibid.



competências suplementares do Estados-membros e dos Municípios visava a aproximar da realidade a concretização das demandas locais:

O modo de desempenho das competências legislativas concorrentes é regulamentado pelos parágrafos do art. 24 da CF/88: cabe à União editar normas gerais, e aos estados e municípios normas suplementares, ou seja, que as especifiquem e desenvolvam. Assim, o constituinte compôs um cenário em que devem existir diretrizes gerais de aplicabilidade nacional, e normas específicas estaduais e municipais que atendam às particularidades regionais e locais.

Portanto, o que se verificou na prática foi uma virada jurisprudencial num tema até então tido como desfavorável aos entes federativos. Nesse contexto, o STF vinha consolidando a concentração de poderes no ente central, como no caso da formulação do já discutido princípio da simetria.

A construção jurisprudencial a partir do julgamento da ADIN nº 6.341 abriu um horizonte para que possa ser delineado novos rumos para o debate sobre federalismo no Brasil. A correlação de forças entre o ente central e os entes federativos para a implementação das reformas necessárias que satisfaça as demandas da população é própria da federação, uma vez ser pressuposto de sua essência, a descentralização do poder político com manutenção da autonomia e independência dos entes federativos.

## CONCLUSÃO

Conforme visto no decorrer do trabalho, a configuração da federação passou por inúmeras transformações ao longo dos tempos, e mais recentemente, em razão da pandemia do COVID-19, o Supremo Tribunal Federal teve uma mudança jurisprudencial que prestigiou o federalismo cooperativo. O julgamento da ADIn nº 6.341 foi um marco, pois se o princípio da simetria prestigiava uma tendência centralizadora em favor da União, a partir do julgado da ADIn nº 6.341, as competências comuns e concorrentes dos Estados-membros e Municípios ganharam relevância na formulação de políticas públicas de saúde no combate ao Coronavírus.

O estado brasileiro com sua configuração geográfica, seu extenso território, uma população multiétnica e multicultural, necessita de uma maior aproximação dos entes locais na prestação de serviços para a população. A própria noção de federação, em que se pressupõe a coexistência harmônica e independente de diversos centros de poder, se amolda perfeitamente num país com as características geográficas e culturais do Brasil.

Por mais que a razão da mudança de entendimento na configuração das competências dos entes federados tenha se dado por razões humanitárias relacionadas à saúde pública, o Supremo Tribunal Federal, a partir da ADIn nº 6.341, acertadamente preservou o espaço de



atuação dos Estados-membros e Municípios, com a concretização de suas respectivas competências comuns e concorrentes, sem esvaziar os poderes da União na consecução de políticas públicas. O desafio daqui para a frente é manter esse arcabouço jurídico institucional, em que as esferas de poderes locais fiquem mais próximas na execução dos anseios das suas populações.

Desde quando a Constituição Federal foi concebida, sempre houve uma expectativa acerca da proteção das competências comuns e concorrentes, de modo a coexistirem com as competências privativas e exclusivas. É preciso ter em mente que apenas com a preservação de tais prerrogativas, os objetivos fundamentais da república estarão cada vez mais próximos de serem alcançados. Por isso, pode-se dizer, ainda que tardiamente, que o federalismo cooperativo conquistou o seu espaço na ordem constitucional mista de 1988.

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Rodrigo Pessanha. *Coronavírus e o conito federativo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-e-o-conflito-federativo-11042020>>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>: Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.979/2020*, de 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm)>. Acesso em: 10 out. 2020

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 926*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm)>. Acesso em: 10 out. 2020

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.300*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768160253/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5300-ap-amapa-8622089-1520151000000/inteiro-teor-768160261?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6.341*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2020.

CONTI, José Maurício (Org) *Federalismo Fiscal*. São Paulo: Manole, 2004.

HORBACH, Carlos Bastide. *Há unidade ou diversidade na jurisprudência federativa?*. Disponível em<<http://www.conjur.com.br/2013-set-28/observatorio-constitucional-unidade-jurisprudencia-federativa?imprimir=1>> Acesso em: 01 set. 2020.

LEONCY, Léo Ferreira. *Questões federativas ainda continuam sem Resposta*. Disponível



em<[http://www.conjur.com.br/2013-nov-16/observatorio-constitucional-questoes-federativas-ainda-continuam-resposta?imprimir=1 2/6](http://www.conjur.com.br/2013-nov-16/observatorio-constitucional-questoes-federativas-ainda-continuam-resposta?imprimir=1%2F6)> Acesso em: 01 set. 2020.

*Releitura do Princípio da Simetria*. Disponível em< <https://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>> Acesso em: 19 mai. de 2020.

MACEDO, José Arthur de Castillo. *Coronavírus e federalismo: o cálculo político do conflito combate à pandemia*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-e-federalismo-o-calculo-politico-do-conflito-no-combate-a-pandemia-08042020>>. Acesso em: 10 out. 2020.

MARRAFON, Marco Aurélio. *CF estabelece cooperação federativa para superar crise do coronavírus*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/constituicao-poder-cf-estabelece-cooperacao-federativa-crise-covid-19>>. Acesso em: 15 set. 2020.

RODAS, Sérgio. *Crise mostra necessidade de aumentar autonomia financeira de estados e municípios*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/crise-mostra-urgencia-aumentar-autonomia-estados-municipios>>. Acesso em: 01 set. 2020.

## A PREVISÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS E SUAS REPERCUSSÕES

Scarlett Pires Thomé da Motta Ribeiro Santos

Graduada pela Faculdades Integradas Vianna Júnior. Advogada.

**Resumo** – o presente artigo analisa o novo instituto a saber: juiz das garantias, acrescentado ao ordenamento jurídico por meio da Lei nº 13.964/19. Por ser algo novo no ordenamento pátrio algumas questões foram levantadas. A primeira questão analisada no trabalho refere-se à constitucionalidade do instituto, que inclusive teve a sua suspensão declarada por meio da decisão liminar nos autos das ADPF nº. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. A segunda questão que se busca responder é sobre a efetiva necessidade de implementação, aqui procura-se analisar se realmente era necessário esse acréscimo à legislação pátria para se ter um processo judicial mais perto do que se denomina de sistema acusatório. Por derradeiro, foi analisada a futura inclusão do juiz das garantias nos diversos tribunais existentes no país, tendo em vista as peculiaridades de cada um deles. Ao longo deste trabalho objetiva-se esclarecer esses pontos que foram levantados e objeto de dúvidas no âmbito jurídico, conclui-se pela constitucionalidade do instituto, pela necessidade da sua implementação, bem como pela superação dos obstáculos e implementação do juiz das garantias em todo o território brasileiro.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal; Pacote anticrime; Juiz das Garantias; Sistema acusatório.

**Sumário** – Introdução. 1. (In)Constitucionalidade do juiz das garantias. 2. A necessidade do juiz das garantias e o sistema acusatório 3. Os obstáculos para a efetivação do juiz das garantias nos tribunais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964, criada em 24.12.2019, com o fim de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, entre outras inovações incluiu no CPP os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F, que tratam sobre o juiz das garantias. Porém, o STF, em decisão liminar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (Decisão do Relator, Min. Luiz Fux), suspendeu a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F do CPP.

O presente trabalho tem como enfoque o estudo do juiz das garantias, instituto esse, que foi introduzido no ordenamento processual pátrio através Lei nº 13.964/19 – pacote anticrime – e que vem gerando grandes discussões no meio acadêmico e jurídico.

Além do mais, por ser algo novo, ainda há questionamentos sobre a matéria: sobre a constitucionalidade da lei, sua implementação, repercussões no Poder Judiciário e quanto à necessidade ou não da introdução do instituto no processo penal brasileiro.

No primeiro capítulo busca-se analisar se o instituto do juiz das garantias é (in)constitucional, tanto no aspecto material quanto no formal.



Após a análise da constitucionalidade do instituto, passa-se a discutir se o juiz das garantias era necessário para o sistema acusatório, ou não. Ou seja, há uma análise sobre a necessidade ou não da implementação desse novo instituto no ordenamento jurídico.

Por fim, o terceiro aborda sobre a efetivação do juiz das garantias e as eventuais repercussões. Quer dizer, em quais setores ou quais normas pode haver algum tipo de modificação ou alteração para se possibilitar a implementação de forma efetiva do juiz das garantias.

Vale lembrar que tal instituto é recente no direito processual pátrio, não obstante já utilizado e elogiado no direito comparado. No caso brasileiro a sua implementação visa tornar a persecução penal mais paritária e imparcial e para isso retira os resquícios do sistema inquisitorial ainda presente no código de processo penal.

Vale ressaltar que embora atualmente suspenso, o instituto atende a um anseio antigo de boa parte da comunidade jurídica, que já enxergava a necessidade de um juiz que atuasse exclusivamente na fase de investigação.

Por derradeiro, destaca-se que a pesquisa é desenvolvida pelo método exploratório, analisando com estudos preliminares os argumentos de constitucionalidade e inconstitucionalidade, os seus efeitos no sistema acusatório brasileiro e as implicações que gerará para o estado no âmbito financeiro e da competência funcional.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, onde se analisa o instituto do juiz das garantias como um fenômeno jurídico novo e as controvérsias para sua efetivação, amparado por uma pesquisa documental, doutrinária e orientações recentes dos tribunais superiores para sustentar a sua tese.

## 1. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS

Antes de se adentrar no debate da constitucionalidade ou não do juiz das garantias, objeto central deste capítulo, importante se faz a conceituação desse instituto introduzido no ordenamento brasileiro pela Lei nº 13.964/19<sup>1</sup>, nas palavras de Nucci<sup>2</sup>:

o juiz das garantias, responsável por fiscalizar a investigação criminal, controlar a sua legalidade e salvaguardar os direitos individuais do investigado (art. 3º-B, *caput*, CPP). Esse magistrado terá atuação até o recebimento da denúncia ou queixa, mas

<sup>1</sup>BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

<sup>2</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2020, p. 43.

jamais julgará o processo-crime. Busca-se, com isso, a consagração do sistema acusatório e também a preservação da imparcialidade do Judiciário.

Percebe-se então que o processo penal terá estrutura acusatória, agora de forma expressa no art. 3º-A, CPP<sup>3</sup>, vedando de forma absoluta a iniciativa do julgador buscar elementos probatórios, então o juiz fica equidistante na produção dessa prova, e passa a figurar apenas como um destinatário. O juiz das garantias tem essa característica, veio para democratizar a persecução penal pátria e assegurar o controle da legalidade da investigação e salvaguardar direitos individuais daqueles que estão sendo acusados.

Ultrapassados os esclarecimentos iniciais passa-se à discussão da constitucionalidade do juiz das garantias. Como dito alhures, tal instituto foi introduzido na Lei nº 13.964/19<sup>4</sup>, por iniciativa do Poder Legislativo, e, após passado os trâmites constitucionais, tal lei foi sancionada pelo Presidente da República e publicada em 24/12/19, com previsão de entrada em vigor no dia 23/1/20. Porém, apesar da lei se encontrar em vigor e surtindo efeitos no ordenamento brasileiro, o instituto do juiz das garantias, previsto nos artigos 3º-A a 3º-F, CPP<sup>5</sup>, não teve a mesma sorte, pois se encontra suspenso por prazo indeterminado em razão de uma decisão liminar concedida no julgamento da medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade nº 6.298, 6.209, 6.300 e 6.305<sup>6</sup>, até que o plenário do Supremo Tribunal Federal avalie o mérito da causa.

A título de esclarecimento, inicialmente o juiz de garantias foi suspenso pelo Ministro Dias Toffoli, em plantão judiciário, pelo prazo de 180 dias, tendo ainda afastado a aplicação da norma aos processos de competência originária dos tribunais e do Tribunal do Júri, nos quais o julgamento se dá por órgão coletivo; aos casos de violência doméstica e familiar, que exigem medidas imediatas de proteção às vítimas; aos processos de competência da Justiça Eleitoral, em razão da peculiaridade de sua dinâmica. No mais, ele não vislumbrou inconstitucionalidades nos dispositivos que introduziram o instituto.

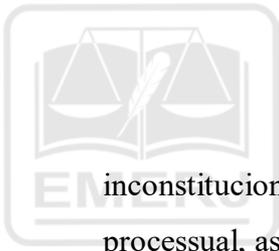
Ocorre que, após a decisão acima mencionada, o Ministro Luiz Fux proferiu outra concedendo liminar para suspender a implantação do juiz das garantias, revogando, assim, a decisão anteriormente prolatada. Vale ressaltar que os fundamentos utilizados pelo ministro para justificar a revogação da decisão de seu colega e prolação de uma nova, foi a alegação de

<sup>3</sup>BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2020.

<sup>4</sup>BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

<sup>5</sup>Ibid.

<sup>6</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6.298, 6.209, 6.300 e 6.305*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2020.



inconstitucionalidade dos dispositivos que introduziram o juiz das garantias no ordenamento processual, as quais se passa a analisar com mais cautela a partir desse momento.

Em síntese Luiz Fux<sup>7</sup> se valeu de dois argumentos de inconstitucionalidade para fundamentar a sua decisão, que serão analisados pelo plenário do STF. O primeiro foi referente à inconstitucionalidade formal, para ele houve vício de iniciativa – art. 96 da CRFB/88<sup>8</sup> – quando da propositura das normas do juiz de garantias, pois o instituto altera a organização do Poder Judiciário, cabendo ao próprio Judiciário manejá-las. O segundo fundamento foi a ausência de dotação orçamentária específica/prévia – art. 169 da CRFB<sup>9</sup> e a violação à independência financeira do poder judiciário – art. 99, CRFB/88<sup>10</sup>. Para ele a implementação do instituto exigiria gastos por parte do Poder Judiciário.

Em suas próprias palavras:

[...] o juiz das garantias, embora formalmente concebido pela lei como norma processual geral, altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país, de sorte que inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (Art. 96 da Constituição)." (...) A complexidade da matéria em análise reclama a reunião de melhores subsídios que indiquem, acima de qualquer dúvida razoável, os reais impactos do juízo das garantias para os diversos interesses tutelados pela Constituição Federal, incluídos o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal [...].

Para os autores Nestor Távora e Fábio Roque Araújo<sup>11</sup> as justificativas apresentadas na decisão liminar, do Ministro Luiz Fux, não merecem preponderar. Veja o que os autores defendem:

com a devida vênia, não nos parece haver qualquer inconstitucionalidade na Lei Anticrime, na parte que se refere à instituição da figura do juiz das garantias. Trata-se de medida que altera a competência funcional (e, portanto, questão de processo penal), e não organização do poder judiciário. A instituição do juiz das garantias não implica, necessariamente, criação de órgãos ou cargos, pois a previsão era, justamente, de utilização do aparato de que já dispõe o judiciário para encontrar alternativas, tais como utilização do sistema de substituição de juízes, que já existe. Por isso, não nos parece acertado fazer menção à ausência de dotação orçamentária, já que a medida não necessariamente implicaria aumento de despesas.

<sup>7</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6298 MC/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434788>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

<sup>8</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

<sup>9</sup>Ibid.

<sup>10</sup>Ibid.

<sup>11</sup>TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. *Código de Processo Penal para concursos*. 11. ed. Salvador: Bahia, 2020, p. 42-43.

No mesmo sentido é a posição de Nucci<sup>12</sup>:

[...] venia concessa, discordamos desse entendimento. Em primeiro lugar, o juiz das garantias é parte da estrutura acusatória do processo penal brasileiro, como ficou bem nítido no art. 3º-A do CPP. Sem a sua criação e eficiente atuação, havendo, sim, separação entre o juiz fiscalizador da investigação criminal e o juiz do mérito da causa, torna-se inviável a estrutura acusatória. Portanto, todas as normas regentes dessa figura são de natureza intrinsecamente processual, implicando consequências processuais, até porque regras de atuação do magistrado, seus impedimentos e sua competência primária não podem ser entendidas como organização judiciária. Se assim for levado a efeito, então, qualquer Estado da Federação, por legislação estadual, pode prever o juiz das garantias, enquanto outro Estado, por via de consequência, não o faça. E, se isto ocorrer, o sistema processual de índole nacional entrará em colapso jurídico. (...) O segundo argumento, de inexistência de caixa para bancar o juiz das garantias, com a devida vênua, padece de sustentabilidade. O prazo de um mês de vacatio legis, fixado pela Lei 13.694/2019, realmente, foi exíguo; mas, daí a dizer que haveria rombo inestimável no orçamento é um salto muito largo. [...]

*Concessa maxima venia* ao entendimento e os fundamentos utilizados pelo Ministro Luiz Fux na liminar julgada, a posição dos autores alhures parece mais adequada, pois, de fato as normas introduzidas, artigos 3º-A a 3º-F, do CPP<sup>13</sup>, são normas de direito processual em essência e que repercutem nas questões referentes à competência funcional, impedimentos e nulidades, mas não na organização do Poder Judiciário de forma direta como acredita o Ministro.

Em relação à inconstitucionalidade da ausência de dotação orçamentária e violação à independência financeira do Judiciário, também não merece razão, pois em nenhum momento foi exigida a criação de novos cargos para a efetivação do instituto. Porém, como cediço, já existe a necessidade de contratação de novos juizes por outros motivos que não a criação do juiz de garantia. Entretanto, enquanto isso não ocorre, pode, por exemplo, o Judiciário se utilizar dos magistrados já concursados para começar a implantação desse novo instituto, tão aguardado pelos juristas brasileiros, não interferindo de forma alguma na dotação orçamentária e muito menos na independência financeira do Poder Judiciário.

Assim, não vislumbra-se empecilho constitucional para o início da vigência dos dispositivos que introduziram o instituto no Brasil. Além do mais, a implementação do juiz das garantias no ordenamento processual pátrio é um grande avanço para a adoção do sistema acusatório de forma expressa, que apesar de existente, não era previsto expressamente na lei processual penal, ademais ainda se tem resquícios do sistema inquisitorial, o que se esgotaria com a efetivação do juiz das garantias.

<sup>12</sup>NUCCI, op. cit., p. 44.

<sup>13</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.



## 2. DA NECESSIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Para se discutir de forma mais clara e adequada neste capítulo, nada melhor do que conceituar o que seria um sistema acusatório e nas palavras de Diogo Mentor de Mattos Rocha<sup>14</sup>:

o sistema tem como pressuposto a separação das funções de acusar, defender e julgar, cada qual sendo exercida por órgãos distintos e, mais que isso, garantindo-se a equidade e a paridade de armas entre acusação e defesa, de modo que a relação processual seja sempre equilibrada.

No Brasil, já se adotava o sistema acusatório em razão do art. 129, I, da CRFB<sup>15</sup>, o qual é explícito em separar as funções de julgar, acusar. Entretanto, não se tinha menção ao sistema acusatório no Código de Processo Penal, bem como não se adotava um sistema acusatório “puro”, pois permitia-se que o juiz, excepcionalmente, produzisse provas e até mesmo decretasse medidas cautelares de ofício. Além disso, o juiz que atuasse na fase de investigação ficava prevento para o processo que se seguiria.

Assim, com o intuito de tornar o sistema acusatório brasileiro mais próximo dos outros ao redor do mundo, os quais buscam uma maior imparcialidade do julgador, sobreveio o Pacote Anticrime, que entre os artigos 3º-A e 3º-F<sup>16</sup> trouxe modificações. Entre as mudanças, se tem que o juiz que atuar na fase de investigativa não pode atuar na fase processual, bem como não poderá mais, o juiz que atuar na fase pré-processual, decretar de ofício medidas cautelares.

É especificamente o art. 3-A do CPP<sup>17</sup>: “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. O dispositivo traz menção expressa ao sistema acusatório, bem como à extinção da iniciativa do juiz na fase investigativa. Assim, da leitura desse artigo pode-se perceber que quem deve produzir provas é o representante do Ministério Público, e não o juiz, que apenas é o destinatário delas.

Na visão de Diogo Mentor de Mattos Rocha<sup>18</sup> com a inclusão do pacote anticrime o ordenamento passa a adotar um sistema processual bifásico:

com a implementação do instituto do juiz das garantias, portanto, adota-se no Brasil um sistema processual bifásico, no qual é realizado um júízo de admissibilidade da

<sup>14</sup>ROCHA, Diogo Mentor de Matos. *Pacote anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 373.

<sup>15</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>16</sup>BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>17</sup>Ibid.

<sup>18</sup>ROCHA, op. cit., p. 375.



prova por um juiz diferente daquele que será competente para apreciar o mérito da acusação, garantindo-se, assim, a imparcialidade do julgador, que não mais terá contato com a gestão da prova, e, portanto, não estará previamente influenciado, favorecendo-se a equidade entre as partes processuais.

Passa-se, pois, a diferenciar a fiabilidade da prova da sua valoração: enquanto aquela diz respeito a análise das regras legais, convencionais e constitucionais para produção e obtenção das provas; está se refere a capacidade daquele determinado elemento de prova influenciar na formação do convencimento do julgador.

Esse sistema processual bifásico como o autor acima denomina acaba por trazer um tratamento mais equilibrado entre as partes e um julgamento mais justo, pois o juiz das garantias fica responsável pela fiabilidade da prova enquanto o juiz que julgar a causa fica responsável pela valoração dela. Assim, esse último não é influenciado por provas que foram produzidas de maneira ilegítima, aumentando assim o seu distanciamento da causa, o que acaba por reforçar a imparcialidade do julgador.

Ainda na opinião de Diogo Mentor de Mattos Rocha<sup>19</sup>:

o pacote anticrime nos aproximou daquilo que há muito é aplicado na maior parte dos sistemas processuais penais do mundo trazendo à baila, no nosso ordenamento jurídico a efetiva preocupação com a higidez das garantias fundamentais dos acusados e do Estado Democrático de Direito.

Logo, percebe-se que a finalidade do instituto é de reforçar a imparcialidade do julgador, mantendo-o distante dos fatos em um momento que antecede o processo judicial, o que é extremamente necessário, pois, apesar do sistema já ser o acusatório antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19<sup>20</sup>, o juiz que participava da fase investigatória era o mesmo que ao final julgava o processo, assim havia um afastamento mitigado do juiz em relação ao processo.

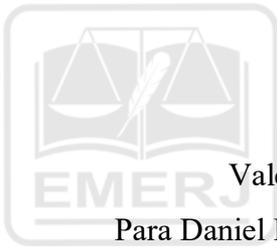
Entretanto, há quem entenda que não seria necessária a implementação do instituto do juiz das garantias, pois o sistema acusatório como era previsto funcionava bem e a inovação trouxe mais malefícios do que benefícios. Essa é a posição da Associação dos Magistrados do Brasil<sup>21</sup>:

a implementação do instituto “juiz de garantias” depende da criação e provimento de mais cargos na Magistratura, o que não pode ser feito em exíguos trinta dias, prazo da entrada em vigor da lei. A instituição do “juiz de garantias” demanda o provimento de, ao menos, mais um cargo de magistrado para cada comarca — isso pressupondo que um único magistrado seria suficiente para conduzir todas as investigações criminais afetas à competência daquela unidade judiciária, o que impacta de forma muito negativa todos os tribunais do País, estaduais e federais”.

<sup>19</sup>Ibid., p. 379.

<sup>20</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>21</sup>MARTINES, Fernando; VALENTE, Fernanda. RODAS, Sérgio. *Advocacia exalta 'juiz das garantias', enquanto magistratura se mostra receosa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-25/advocacia-exalta-juiz-garantia-magistratura-mostra-receosa>>. Acesso em: 30 ago. 2020.



Vale destacar que as críticas que pairam o instituto preponderam sobre o plano prático. Para Daniel Kessler de Oliveira<sup>22</sup>, essas críticas são reducionistas e superficiais:

a negativa do problema e as críticas feitas às propostas de reforma mostram o porquê de tantos problemas em nosso processo penal. A velha crença na bondade do juiz, na possibilidade sobre-humana deste em não se deixar influenciar por elementos colhidos sem observância às garantias constitucionais. As críticas feitas a proposta do Juiz de Garantias não se propuseram à um debate profundo, se reduziram à uma abordagem supérflua e reducionista que, sequer, buscava entender as razões e o significado da figura. Ora, já não é hora de fingir que o problema não existe e de continuar culpando a carência de recursos para que se possa seguir fazendo o que bem se entender em matéria de justiça criminal. Presos não progridem de regime, por falta de vagas em albergues, réus são acusados sem defesa, por falta de defensoria, apenados morrem em verdadeiras masmorras, porque não se tem estrutura prisional adequada, prazos processuais são descumpridos, por falta de condições para um julgamento no prazo razoável, e por aí vai.

Por isto, devemos lutar pela efetivação dessas reformas, recebê-las de braços abertos ao invés de atacá-las covardemente e com armas em formas de argumentos reducionistas e insuficientes.

Em que pese as críticas ao instituto, ele se mostra de enorme valia para que se possa alcançar cada vez mais um sistema acusatório puro e imparcial. Além do mais, as críticas práticas que pairam sobre o instituto são facilmente resolvidas, o que não justificaria a sua não implementação. Assim, se conclui que o Juiz de Garantias veio para trazer maior efetividade às normas dispostas pela lei infraconstitucional e constitucional.

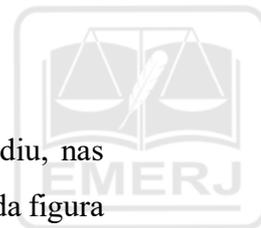
### 3. OS OBSTÁCULOS PARA A EFETIVAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NOS TRIBUNAIS

Antes de enumerar os obstáculos, importante mencionar que eles variam a depender do ponto de vista, melhor dizendo, o que uns consideram empecilhos outros assim não os enxergam. Além do mais, vale esclarecer que não se tem aqui o objetivo de elencar todos os impedimentos e sim, só, os que são mais relevantes.

Feitos tais esclarecimentos, passa-se ao primeiro obstáculo, qual seja: o prazo que os tribunais teriam para implementação do novo instituto. Num primeiro momento, antes da decisão do Ministro Luiz Fux, os tribunais teriam apenas 30 (trinta) dias para se organizarem e

---

<sup>22</sup>OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *A atuação do julgador no Processo Constitucional: O juiz das garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 163,164. Disponível em <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/imparcialidade-no-processo-penal-juiz-das-garantias-como-instrumentoresguardo-sistema-acusatorio.htm#sdfootnote77sym>>. Acesso em: 30 ago. 2020.



efetivarem o instituto. Ocorre que esse entrave acabou sendo superado pois se decidiu, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.209, 6.300 e 6.305<sup>23</sup>, que a entrada da figura do juiz das garantias foi suspensa até a análise pelo Plenário do STF.

O segundo e mais discutido obstáculo é o referente à implementação do juiz das garantias nas comarcas menores, de interior. Porque nelas só se tem um juiz, ou muitas das vezes o que se tem é que o mesmo juiz também é titular de outras comarcas vizinhas, dificultando, assim, a implementação do juiz das garantias, já que teoricamente seriam necessários, ao menos, dois juízes em cada comarca, um para atuar na figura do juiz das garantias e outro para atuar após o recebimento da denúncia, tendo em vista que aquele que atuou na fase pré-processual fica impedido de atuar na fase processual.

Diferente do empecilho anterior, esse segundo é de maior dificuldade de solução, pois, como cediço, o país é muito extenso, comportando diversas realidades, tais como, comarcas de difícil acesso. Porém, isso não é suficiente para obstaculizar a implantação do juiz das garantias. Essa também foi a conclusão do levantamento elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça chamado de “A implantação do juiz das Garantias no Poder Judiciário”<sup>24</sup>:

as informações apresentadas reforçam a premissa de que o Poder Judiciário possui realidades distintas — decorrentes das peculiaridades demográficas, geográficas, administrativas e financeiras de cada localidade —, diversidade essa, contudo, que não compromete a viabilidade da implantação do instituto do juiz das garantias, desde que feita de forma planejada e particularizada”, afirma o levantamento.

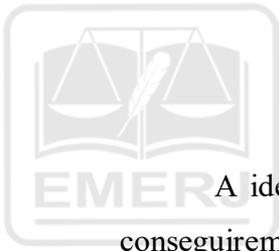
Nucci<sup>25</sup> traz ainda como solução, para os casos em que as comarcas são muito distantes, a possibilidade de flexibilização do juiz das garantias, ou seja, o mesmo juiz atuaria em ambas as fases, tanto pré-processual quanto na fase processual, como previsto no texto anterior ao pacote. Em suas palavras:

[...] em casos extremados, de comarcas muito distantes, em Estados de territórios por demais extensos, poderia atuar o mesmo juiz, visto que o descumprimento da figura do juiz das garantias representa motivo de força maior, além de gerar nulidade relativa, dependendo da prova de prejuízo experimentado e comprovado por alguma das partes envolvidas. [...].

<sup>23</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>24</sup>SANTOS, Rafa. *Estudo do CNJ estabelece bases para implantação do juiz das garantias*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/estudo-cnj-estabelece-bases-implantacao-juiz-garantias>>. Acesso em: 2 set. 2020.

<sup>25</sup>NUCCI, op. cit., p. 43.



A ideia trazida pelo doutrinador é de grande utilidade na hipótese dos tribunais não conseguirem a tempo se organizar para implementar o instituto nessas comarcas de difícil acesso. Mas que fique claro que deve ser uma medida temporária, pois a lei é a mesma em todo o território nacional e deve ser aplicada da forma que foi planejada para resguardar o devido sistema acusatório e o devido processo legal. De outro modo, a lei entraria em vigor de forma tão flexibilizada/mitigada que não atingiria seu objetivo.

Já em relação às comarcas do interior, que possuem apenas um juiz, nesses casos, o juiz da comarca vizinha, mais próxima, serviria como juiz das garantias.

O terceiro obstáculo tem relação com a vigência temporal imediata do instituto, pois há quem defenda que quando da entrada em vigor, ou seja, quando o instituto do juiz das garantias for julgado constitucional pelo Pretório Excelso e tiver sua suspensão revogada, os juízes que atuaram na fase pré-processual, que é de competência do juiz das garantias, estariam automaticamente impedidos de julgar o processo.

Ocorre que, esse não é o melhor posicionamento, pois como cediço, a lei processual penal só começa a surtir efeitos após a sua vigência, e no presente caso ela se encontra com a sua vigência suspensa, portanto, não surtindo efeito algum, como se não existisse.

Por tal razão, os juízes que atuaram nas fases pré-processuais durante a suspensão do instituto do juiz das garantias não podem ficar impedidos de atuar no feito, de forma automática, pois na época que atuaram a lei assim permitia e não os consideravam impedidos.

Esse também é o entendimento do autor Nucci<sup>26</sup>:

[...] diz-se que um juiz titular de vara criminal estaria impedido de atuar na quase totalidade dos feitos da sua comarca, pois teria ele atuado na fase investigatória. *Concessa venia*, é justamente ao contrário. Se a lei processual (art. 2º, CPP) somente vale, entrando em vigor, dali para frente, é de se notar que o juiz titular da vara criminal poderá, sim, conhecer e julgar seus processos, visto que, quando fiscalizou o inquérito, inexistia a figura do juiz das garantias; logo, ele não está impedido. Somente os juízes que, a partir da vigência dos arts. 3º A a 3º F, atuarem na fase da investigação, ficarão impedidos de atuar no processo. [...].

No mesmo sentido, é o entendimento do CNJ<sup>27</sup> sobre o assunto:

Por ter autonomia financeira e administrativa garantidas pela Constituição, os tribunais estaduais e regionais federais definirão a estrutura e o funcionamento do instituto do juiz das garantias conforme suas particularidades. Os tribunais poderão adotar os modelos descritos nos artigos 3ª e 4ª da resolução criada a partir do grupo de estudo, desde que de acordo com objetivos e limites impostos pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

<sup>26</sup>Ibid.

<sup>27</sup>SANTOS, op. cit., nota 23.



Por derradeiro, vale ressaltar que o CNJ<sup>28</sup> editou uma proposta de resolução para a implementação e efetivação do instituto do juiz das garantias em todo o território nacional. Qual seja:

Art. 3º A partir do modelo utilizado pelo Tribunal, as audiências sob competência do juiz das garantias poderão, excepcionalmente, ser realizadas por meio de videoconferência, excetuada a audiência de custódia. Art. 3º No caso de comarca ou subseção judiciária com mais de uma vara, o Tribunal poderá organizar o instituto do juiz das garantias por: I - Especialização, por meio de Vara das Garantias ou de Núcleo ou Central das Garantias; II – Regionalização, que envolverá duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias; III - Rodízio entre juízos da mesma comarca ou subseção judiciária; e IV – Rodízio entre juízes lotados na respectiva comarca ou subseção judiciária.

Art. 4º No caso de comarca ou subseção judiciária com vara única, o Tribunal poderá organizar o instituto do juiz das garantias por meio de: I – Regionalização, que envolverá duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias; II– Rodízio entre comarcas ou subseções contíguas ou próximas com somente uma vara; e III – Rodízio entre juízes lotados na respectiva comarca ou subseção judiciária.

Assim, conclui-se que os obstáculos aqui elencados e discutidos não são o suficiente para impedir a implementação da figura do juiz das garantias, eles na verdade servem apenas para dar uma ideia dos desafios da implementação e efetivação desse novo instituto, mas, ressalta-se que não se trata de algo sem solução prática e legal.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como enfoque a análise de algumas controvérsias sobre o juiz das garantias, instituto esse que foi introduzido no nosso ordenamento processual por meio da Lei nº 13.964/19 – pacote anticrime.

Esta pesquisa constatou que o juiz das garantias, previsto no ordenamento entre os artigos 3º-A e 3º-F do Código de Processo Penal, apesar da propositura das ações diretas de inconstitucionalidade nº 6.298, 6.209, 6.300 e 6.305 não terem sido julgadas, o instituto é sim constitucional.

O ministro Luiz Fux se valeu de dois argumentos para fundamentar a sua decisão de suspensão do juiz das garantias. O primeiro foi referente à inconstitucionalidade formal, para ele houve vício de iniciativa quando da propositura das normas do juiz de garantias, pois o instituto altera a organização do Poder Judiciário, cabendo ao próprio Judiciário manejá-las. O

---

<sup>28</sup>Ibid.



segundo fundamento foi a ausência de dotação orçamentária específica/prévia e a violação a independência financeira do Poder Judiciário. Para ele a implementação do instituto exigiria gastos por parte do Poder Judiciário.

Porém, como analisado no primeiro capítulo tais justificativas não podem ser levadas em consideração, pois inexistente vício na iniciativa, eis que o juiz das garantias é norma de processo penal, e como tal deve ser proposta pelo Congresso Nacional. Além disso, a implementação do juiz das garantias não interfere na independência financeira do Poder Judiciário, pois o mesmo já é livre para distribuir os seus recursos financeiros, porém deve-se agora alcançar também o juiz das garantias, continuando à mercê dos tribunais a forma que ocorre a distribuição orçamentária.

Outrossim, ficou constatado no segundo capítulo da pesquisa, que apesar da resistência por parte dos tribunais e dos magistrados, o juiz das garantias é sim necessário, a começar pelo fato dele trazer expressamente a previsão do sistema acusatório. Como também por diminuir ainda mais os resquícios do sistema inquisitorial, que se encontram presentes em várias partes do ordenamento jurídico, trazendo o processo penal mais próximo de um sistema acusatório puro.

Assim, se conclui que o juiz das garantias veio para trazer maior efetividade às normas dispostas pela lei infraconstitucional e constitucional, além de se mostrar de enorme valia para se aproximar de um sistema acusatório puro e imparcial, como deve ser. Portanto, em que pese as críticas ao instituto o mesmo surgiu como uma forma de evolução e de melhora do ordenamento pátrio.

Por derradeiro, no terceiro capítulo do artigo constatou-se que os empecilhos encontrados para implementação do juiz das garantias nos diversos tribunais existentes no Brasil não é nada que não seja transponível, pois os obstáculos citados são de índole prática e que já possuem solução. Logo, o que no início era visto como um obstáculo intransponível, agora já se enxerga com outros olhos. Assim, quando ultrapassada a suspensão, o instituto do juiz das garantias pode ser implementado em todo o território nacional, respeitadas as particularidades de cada região, mas poderá ser implementado de forma efetiva em todos os tribunais.

Assim, se conclui que o juiz das garantias é sim constitucional, necessário e que não possui obstáculos intransponíveis à sua implementação nos tribunais de todo o território nacional.

## REFERÊNCIAS

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 13.964* de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 12 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 6.298, 6.209, 6.300 e 6.305*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI\\_6298.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI_6298.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2020

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 6298 MC/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+6298%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/s25x3hv>. Acesso em: 13 mai. 2020.

D'AGOSTINO, Rosanne; VIVAS, Fernanda. *Juiz de garantias: veja perguntas e respostas sobre o tema*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/15/juiz-de-garantias-veja-perguntas-e-respostas-sobre-o-tema.ghtml>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias na Justiça*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes-juiz-garantias-justica>>; Acesso em: 12 abr. 2020.

GIL, Renata. *Ministro Fux suspende juiz das garantias por tempo indeterminado*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/318969/ministro-fux-suspende-juiz-das-garantias-por-tempo-indeterminado>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

LOPES, Aury Júnior; ROSA, Alexandre Morais. *A liminar de Luiz Fux na ADI 6.299 revogou decisão do Plenário na ADI 5.240?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-24/limite-penal-liminar-ministro-fux-revogou-decisao-plenario>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Juiz das garantias: a nova gramática da justiça criminal brasileira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policia-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MARTINES, Fernando; VALENTE, Fernanda. RODAS, Sérgio. *Advocacia exalta 'juiz das garantias', enquanto magistratura se mostra receosa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-25/advocacia-exalta-juiz-garantia-magistratura-mostra-receosa>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

NOTÍCIAS STF. *Ministro Dias Toffoli mantém criação de juiz das garantias e estende prazo para sua implementação*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434788>>. Acesso em: 12 mai. 2020.



NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990282/>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *A atuação do julgador no Processo Constitucional: O juiz das garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/imparcialidade-no-processo-penal-juiz-das-garantias-como-instrumentoresguardo-sistema-acusatorio.htm#sdfootnote77sym>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

ROCHA, Diogo Mentor de Matos. *Pacote anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2020.

ROVER, Tadeu. *Decisão do ministro Luiz Fux suspendendo juiz das garantias foi destaque*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-25/resumo-semana-decisao-ministro-luiz-fux-suspendendo-juiz-garantias-foi-destaque>>. Acesso em: 13 mai. de 2020.

SANTOS, Rafa. *Estudo do CNJ estabelece bases para implantação do juiz das garantias*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/estudo-cnj-estabelece-basesimplantacao-juiz-garantias>>. Acesso em: 2 set. 2020.

SANTOS, Rafa; VALENTE, Fernanda. *Toffoli suspende implantação do juiz das garantias por seis meses*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-15/toffoli-suspende-implentacao-juiz-garantias>>. Acesso em: 12 mai. de 2020.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. *Código de Processo Penal para concursos*. 11. ed. Salvador: Bahia, 2020.



## A EFETIVIDADE DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, SOB A ÓTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À ACESSIBILIDADE NAS ESCOLAS BRASILEIRAS

Sílvia de Oliveira Bourguignon

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – o direito à educação está previsto na Constituição Federal de 1988 como um direito de todos, entretanto, a legislação promove a igualdade formal. Por muito tempo não foi priorizada a inclusão social das pessoas com deficiência no âmbito escolar. Em 2015, foi criado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a fim de compilar deveres e obrigações, entre eles, diretrizes para a efetivação do direito à educação. A essência do trabalho é abordar as contribuições do Estatuto, analisar os desafios enfrentados para sua efetivação e propor sugestões para a verdadeira inclusão social das pessoas com deficiência no ambiente escolar.

**Palavras-chave** – Direito constitucional. Direito à Educação. Pessoa com deficiência. Inclusão social. Acessibilidade.

**Sumário** – Introdução. 1. O direito à acessibilidade foi fundamento para criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15)? 2. Estatuto da Pessoa com Deficiência: os impactos dos deveres e obrigações previstos na lei e do julgamento da ADI nº 5357/15 no direito à acessibilidade nas escolas brasileiras. 3. Análise da efetividade do Estatuto da Pessoa com Deficiência: os desafios para a inclusão social de crianças portadoras de deficiência nas escolas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a temática da cidadania e da inclusão social de portadores de deficiência nas escolas. Procura-se demonstrar o impacto da regulamentação feita pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no direito à acessibilidade nas escolas brasileiras em geral, bem como sobre as contribuições e os desafios para a efetiva inclusão social dos alunos com deficiência. Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de maneira a discutir a efetividade do Estatuto da Pessoa com Deficiência na prática.

Com a finalidade de assegurar o amplo acesso aos direitos e às garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Lei Federal nº 13.146 de 2015 instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Além de tratar diferentes conceitos inerentes às pessoas com deficiência, a Lei Brasileira de Inclusão reúne em seu texto a previsão dos direitos fundamentais, tais como saúde,



vida e educação, já garantidos na Carta Magna, porém com o enfoque necessário às pessoas com deficiência.

No que tange ao direito à educação, o principal objetivo do Estatuto é transformar as escolas brasileiras em espaços inclusivos e de qualidade, que valorizem as diferenças sociais, culturais e emocionais e atendam às necessidades educacionais de cada aluno.

No entanto, não necessariamente os deveres e as obrigações impostos no Estatuto da Pessoa com Deficiência são colocados em prática na realidade brasileira. Um deles, inclusive, objeto da ADI nº 5357/15, é a obrigatoriedade de as escolas privadas inserirem as pessoas com deficiência no ensino regular, promovendo as adaptações necessárias sem que isso seja cobrado, como adicionais, em mensalidades, anuidades e matrículas.

Nesse sentido, deve-se analisar a efetividade do Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz do direito à acessibilidade nas escolas, bem como suas contribuições e, ainda, desafios para a real inclusão social de portadores de deficiência nas escolas brasileiras.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os fundamentos para a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência para efetivar direitos já consolidados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Pretende-se, ainda, analisar de que forma a redação do texto legislativo e o julgamento da ADI nº 5.357/15 impactam, na prática, respeito ao direito à acessibilidade nas escolas, para conseguir, por fim, avaliar a efetividade do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as bases para a criação do Estatuto do Deficiente, sendo imprescindível, portanto, apresentar os conceitos de educação, inclusão social e acessibilidade e a sua relação direta com o princípio da dignidade humana, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, de que forma os deveres e obrigações impostos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e o julgamento da ADI nº 5.357/15 impactam, na prática, o direito à acessibilidade nas escolas brasileiras, sejam elas públicas ou privadas.

O terceiro capítulo avalia a efetividade do Estatuto da Pessoa com Deficiência, com base em análises teóricas sobre os desafios existentes para a inclusão social de alunos com deficiência nas escolas brasileiras em geral.

A pesquisa é desenvolvida a partir do método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador formula teorias preliminares, intimamente ligadas à fatos adicionais, e deduz as consequências, que serão confirmadas ou rejeitadas com base em argumentos.



Para tanto, percebe-se que o método de abordagem pretendido é o qualitativo, visto que o pesquisador pretende se valer da bibliografia apropriada à temática, analisada no momento da realização da pesquisa, e do estudo do caso representado pela ADI nº 5.357/15, a fim de embasar a tese.

## 1. O DIREITO À ACESSIBILIDADE FOI FUNDAMENTO PARA A CRIAÇÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI nº 13.146/15)?

Inicialmente, de forma a contextualizar historicamente o objeto de pesquisa do presente trabalho, há que se destacar que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – LBI – foi promulgada em 06 de julho de 2015 e foi inspirada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York<sup>1</sup> de 2007, cuja recomendação é de que não relacione deficiência com incapacidade e tem como um dos principais norteadores a acessibilidade.

O artigo 1º da LBI prevê que seu texto normativo se destina “(...) a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”<sup>2</sup>. Dessa forma, observa-se que o principal objetivo é garantir a autonomia individual, o acesso e a liberdade do deficiente – físico e mental.

Sendo assim, o Código Civil sofreu alterações importantíssimas em seu artigo 3º. Todos os seus incisos foram revogados. Isso fez com que, nas palavras de Flávio Tartuce<sup>3</sup>, “no sistema privado brasileiro, não exista mais pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade”. Assim, todas as pessoas que possuem deficiência, ou seja, que não possuem discernimento e não conseguem exprimir suas vontades, tornaram-se plenamente capazes para o Direito Civil.

Importante mencionar que, de acordo com o artigo 2º da LBI<sup>4</sup>:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

<sup>1</sup>BRASIL. *Decreto nº 6.949*, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)> Acesso em: 07 mar. 2020.

<sup>2</sup>BRASIL. *Lei nº 13.146*, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2020.

<sup>3</sup>TARTUCE, Flávio. *Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): Repercussões para o Direito de Família confrontações com o novo CPC*. Primeira parte. Professor Flavio Tartuce, 2015. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2015/07/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei.html>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>4</sup>BRASIL. op.cit., nota 2.



Aliás, a expressão “pessoa com deficiência” é justamente utilizada para que o foco seja na pessoa que é sujeito de direitos, devendo a deficiência ser vista apenas como uma característica, que não retira direitos e deveres do indivíduo. Por isso, em 2007, com a assinatura da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, a palavra “portadora” deixou de ser utilizada.

No Brasil, sempre houve dificuldades para reconhecer os direitos das pessoas com deficiência e, efetivamente, garanti-los. O Estatuto da Pessoa com Deficiência surge a fim de suprir lacunas na legislação brasileira para que cada vez mais a invisibilidade social dê lugar à inclusão social, necessária em todos os aspectos da vida de um ser humano.

Isso porque se pode dizer que a LBI prevê direitos fundamentais que já estão assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente em seus artigos 5º e 6º<sup>5</sup>, como, por exemplo, igualdade; inviolabilidade da propriedade privada; liberdades, como a de consciência, de locomoção, de expressão, de manifestação do pensamento; trabalho; moradia; saúde; e educação, e pela Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB<sup>6</sup>.

Entretanto, apesar de a CRFB/88 englobar de forma expressiva os direitos e garantias fundamentais, nem sempre o texto legal é suficiente para a efetivação desses direitos.

Assim, a Lei nº 13.146/15 tem como objetivo efetivar direitos já previstos na CRFB/88 no âmbito de vida das pessoas com deficiência. A intenção é haver uma aplicação real da igualdade material que permita ao deficiente um amplo acesso à vida civil, à educação e à saúde para que seja realmente integrado à sociedade.

Nesse sentido, vale mencionar que:

A igualdade sobre o prisma formal não está completa, pois somente ela, não é capaz de proporcionar a igualdade no plano fático e, conseqüentemente, não é possível que se alcance a igualdade e a justiça social. Sendo assim, se mostra relevante a igualdade material, que é aquela cujo escopo é a superação das desigualdades sociais, o que ocorre via tratamento igualitário a todas as pessoas de modo que elas possam usufruir dos bens da vida, sem qualquer tipo de discriminação injustificada.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup>BRASIL. *Constituição Federal de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2020.

<sup>6</sup>BRASIL. *Lei nº 9.394*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm)>. Acesso em: 08 ago. 2020.

<sup>7</sup>SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; MARTA, Tais Nader. *Direito à Educação Inclusiva: Um Direito de Todos*. São Paulo: Verbatim, 2013, p.35.



Dessa forma, visualiza-se a igualdade material intrinsecamente ligada ao pleno exercício de direitos, inclusive à educação, ponto central do trabalho.

A Constituição Federal de 1988 incluiu no rol dos direitos sociais de seu artigo 6º a educação, matéria disciplinada nos artigos 205<sup>8</sup> a 214, e estabeleceu que:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Inclusive, o inciso III do artigo 208 da CFRB/88<sup>9</sup> ordena que o Estado garanta atendimento educacional especializado – AEE e o artigo 206 assegura a igualdade de condições para o acesso e para a permanência nas escolas.

Assim, no texto normativo, a educação é um direito de todos, não podendo ser limitada de nenhuma forma. Entretanto, a educação para as pessoas com deficiência só é garantida por intermédio de uma educação especializada e do respeito ao direito à acessibilidade, condições essenciais para inclusão educacional.

A acessibilidade não se limita a projetos arquitetônicos. Na verdade, sua garantia visa a derrubar barreiras físicas e socioculturais, a fim de promover a autonomia das pessoas com deficiência na vida em sociedade. Para a construção de uma sociedade pluralista e democrática, torna-se imprescindível o respeito ao princípio da dignidade humana e ao direito à acessibilidade, o que afasta possíveis traços de preconceito e intolerância.

Sob essa premissa constitucional, o ordenamento jurídico infraconstitucional deve atender aos preceitos de igualdade material e garantir que, na prática, a educação seja para todos.

Nesse sentido, em seu artigo 27<sup>10</sup>, a Lei nº 13.146/15 prevê que deve ser assegurado um sistema educacional inclusivo em todos os níveis de aprendizado. Tem-se como meta o desenvolvimento de habilidades e talentos de acordo com características, necessidades e interesses de cada indivíduo. O parágrafo único do mesmo artigo ressalta a importância da parceria entre Estado, família, comunidade escolar e sociedade para que a educação de qualidade seja assegurada às pessoas com deficiência.

A efetividade do direito à educação é condição indispensável para a consecução dos objetivos fundamentais da República, previstos no artigo 3º da CFRB/88<sup>11</sup>. Não há que se falar

---

<sup>8</sup>BRASIL. op.cit., nota 5.

<sup>9</sup>Ibid.

<sup>10</sup>BRASIL. op.cit., nota 2.

<sup>11</sup>BRASIL. op.cit., nota 5.



em sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação sem a garantia da educação. E, como observado, para as pessoas com deficiência, o direito à educação está diretamente ligado ao direito à acessibilidade.

Portanto, a LBI traz normas que possuem como base princípios e valores constitucionais, a fim de concretizar a garantia do direito à educação, por meio da acessibilidade, aos deficientes – físicos e mentais. Como conclui Pablo Stolze, “trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis”<sup>12</sup>. Deve-se analisar, a partir desse momento, se essas normas são capazes de gerar impactos positivos no plano material.

## 2. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: OS IMPACTOS DOS DEVERES E OBRIGAÇÕES PREVISTOS NA LEI E DO JULGAMENTO REALIZADO NA ADI nº 5.357/2015 NO DIREITO À ACESSIBILIDADE NAS ESCOLAS BRASILEIRAS

Inicialmente é importante mencionar que, antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, outras normas jurídicas de suma importância foram publicadas. Uma delas é a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, Lei nº 9.394/96, que nasceu sob a orientação da Constituição Federal de 1988, regulamentando os direitos declarados constitucionalmente, e a outra é a Resolução nº 2 do Conselho Nacional de Educação de 2001<sup>13</sup>, que estabelece as diretrizes nacionais para a Educação Especial na Educação Básica.

Dessa forma, ao analisar cada uma dessas normas, observa-se que a maioria dos direitos estavam previstos há muito tempo, mas há um distanciamento entre o plano do discurso e o plano material. A elaboração da lei, por si só, não é suficiente. Portanto, torna-se imprescindível ter um conjunto de mecanismos para sua implementação, principalmente na rede de ensino público, onde outros fatores sociais e estruturais estão presentes.

O Atendimento Educacional Especializado – AEE, por exemplo, está previsto na Constituição Federal de 1988<sup>14</sup>, no artigo 208, inciso III, entretanto, uma das diretrizes da LBI,

<sup>12</sup>STOLZE, Pablo. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>>. Acesso em: 04 abr. 2020.

<sup>13</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Educação. *Resolução nº 2*, de 11 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2020.

<sup>14</sup>BRASIL. op.cit., nota 5.



prevista no inciso III do artigo 28<sup>15</sup>, é justamente o desenvolvimento de um projeto pedagógico que institucionalize o AEE. Isto é, ainda devia e deve ser aprimorado, por não ser uma realidade de todas as escolas brasileiras. Além disso, a LDB possui um capítulo destinado à Educação Especial, mas, apenas após a Resolução nº 2 do CNE de 2001, o movimento de inclusão escolar começou a ganhar forças nas escolas brasileiras.

A ideia principal é a da inclusão escolar. Diferentemente do sistema integracionista, que buscava forçar a adaptação do aluno com deficiência à classe dita comum, a inclusão pretende promover a preparação da escola para receber todos os alunos, sem distinção e com todas as suas individualidades. Nesse sentido, o artigo 28 da Lei nº 13.146/15<sup>16</sup> dispõe, em seus incisos, as diretrizes que deverão ser adotadas em quaisquer instituições de ensino, a fim de promover a educação inclusiva com todas as condições necessárias ao ensino destas crianças.

Em seu parágrafo 1º, o referido artigo veta a cobrança de valores adicionais para o cumprimento obrigatório do disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII. Esse dispositivo legal confere aplicabilidade ao artigo 24 da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência de Nova York, internalizada pelo Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009<sup>17</sup>, indicando que a obrigação de receber alunos com deficiência é de todas as escolas participantes do sistema educacional brasileiro, sejam elas públicas ou privadas.

O dispositivo tornou-se objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357/15<sup>18</sup>, movida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEM. O fundamento para declarar a inconstitucionalidade do referido parágrafo era de que essa obrigação afronta o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa do estabelecimento de ensino, por ser a educação especial uma responsabilidade exclusiva do Estado e da família. O argumento não prosperou. Entretanto, se a ADI fosse provida, os estabelecimentos privados estariam livres para recusar as matrículas dos alunos com deficiência, o que fere diretamente o princípio constitucional da igualdade e o da não discriminação, previsto, inclusive, no artigo 4º da LBI<sup>19</sup>.

Assim, com o julgamento da ADI nº 5.357/15<sup>20</sup> e o início da vigência da Lei nº 13.146/15, houve um aumento expressivo de alunos e alunas com deficiência nas escolas

---

<sup>15</sup>BRASIL. op.cit., nota 2.

<sup>16</sup>Ibid.

<sup>17</sup>BRASIL. op.cit., nota 1.

<sup>18</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.357*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>>. Acesso em: 07 mar. 2020.

<sup>19</sup>BRASIL. op.cit., nota 2.

<sup>20</sup>BRASIL. op.cit., nota 17.



brasileiras<sup>21</sup>, inclusive nas escolas privadas, que não podem mais cobrar um valor extra pelo professor mediador. Dessa forma, há uma propensão à universalização da matrícula, em que não há distinção em relação àqueles com necessidades especiais.

Cabe às escolas, nesse momento, se organizarem para o atendimento de todos os alunos. Nesse sentido, observou-se uma tendência maior à implementação da sala de recursos multifuncionais, com a finalidade de atender de forma mais eficaz às múltiplas deficiências e às especificidades do aprendizado de cada aluno.

Ademais, a definição de acessibilidade é ampliada no artigo 3º da LBI<sup>22</sup>, assemelhando-se à adotada pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, em que o foco não é apenas nas barreiras físicas. Ou seja, além das barreiras arquitetônicas, deve-se levar em consideração as barreiras urbanísticas – vias e espaços públicos; nos transportes; nas comunicações e na informação – meios de expressão; atitudinais – comportamentos; e tecnológicas<sup>23</sup>.

Essa ampliação feita pela LBI permite que a atuação das escolas seja pensada de outra forma, não se limitando às tentativas de ser um espaço acessível apenas fisicamente. A acessibilidade está atrelada também às formas de aprendizagem, de comunicação e de socialização. Por isso, a importância de se pensar também sobre a capacitação dos professores em sala de aula.

A redação do Estatuto da Pessoa com Deficiência não indica expressamente a formação necessária para os professores e mediadores para a atuação com os alunos com necessidades especiais. Diferentemente da Resolução do CNE de 2001, que identifica, em seu artigo 18, os professores capacitados e os professores especializados em educação especial. Isso gera, na prática, um impacto considerado negativo: colaboradores sem especialização. No município do Rio de Janeiro, por exemplo, há concurso público para agente educador, no qual a formação exigida é apenas o Ensino Médio, não fazendo referência à qualificação para a educação especial. Assim, nas escolas privadas, a escolha do profissional contratado poderá ser baseada nos custos, conforme lógica capitalista, e não na qualificação.

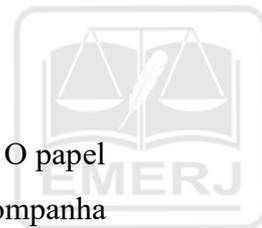
O intuito do edital, provavelmente, foi o de aumentar o número de colaboradores para trabalhar com crianças com necessidades especiais, porém, no dia a dia, ter um profissional que

---

<sup>21</sup>BRASIL. *Portaria nº 2.219*, de 27 de dezembro de 2019. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 de dezembro de 2019, p. 244-938.

<sup>22</sup>BRASIL. *op.cit.*, nota 2.

<sup>23</sup>SILVA FILHO, Daniel Mendes da; KASSAR, Mônica de Carvalho Magalhães. *Acessibilidade nas escolas como uma questão de direitos humanos*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/educacaoespecial>> Acesso em: 10 mai. 2020.



não tem conhecimento específico na área de educação especial pode ser um limitador. O papel dos mediadores, que não possuem formação adequada, passa a ser de cuidador, que acompanha os alunos pelos espaços físicos da escola e os auxilia de forma superficial em sala de aula, enquanto o profissional especializado em educação especial exerce um papel essencial no processo de aprendizagem dos alunos.

Diante dos impactos abordados, percebe-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência reforça a autonomia e a capacidade das pessoas com necessidades especiais, que não devem ser discriminadas em nenhuma hipótese, inclusive no momento de ingressar em uma escola de sua preferência. A educação é um direito universal e, portanto, a escola, tanto privada quanto pública, deve ser um espaço destinado a todos. A LBI, com seus critérios e princípios, tenta aproximar o mundo fático do mundo real. Por ser uma tarefa complexa, deve-se, nesse momento, analisar os desafios encontrados para que a inclusão social se efetive de forma plena.

### 3. ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA LEI Nº 13.146/15: OS DESAFIOS PARA INCLUSÃO SOCIAL DE CRIANÇAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA NOS ESPAÇOS EDUCACIONAIS

O Estatuto da Pessoa com Deficiência estabeleceu um conjunto normativo de alto potencial para a proteção e a promoção dos direitos fundamentais, inclusive à educação. Entretanto, apesar de existirem legislações que abarcam os direitos das pessoas com deficiência, há uma dificuldade em encontrar mecanismos que tragam para a realidade o que vem sendo previsto. Isto é: observa-se uma dificuldade em transformar a realidade cotidiana, o que atrasa a inclusão social.

O modelo inclusivo deve ser analisado de maneira ampla, uma vez que não basta a matrícula do aluno com deficiência na escola para se dar como completa a inclusão social. Na verdade, deve haver integração em três esferas: física, social e de aprendizagem. Para isso, o sistema educacional deve ser repensado, a fim de revisar paradigmas para que, em um mesmo ambiente - espaço físico -, haja desenvolvimento cognitivo, cultural e social de todos os alunos, sem distinção.

Vale ressaltar o que afirma a psicopedagoga Rita Vieira Figueiredo<sup>24</sup>:

---

<sup>24</sup>FIGUEIREDO, Rita Vieira. *A Escola Como Lugar de Integração (Ou Segregação?) da Criança Portadora de Deficiência Intelectual*. Disponível em: <[http://www.aprendizagemnadiversidade.ufc.com/documentos/inclusao\\_escolar/a\\_escola.pdf](http://www.aprendizagemnadiversidade.ufc.com/documentos/inclusao_escolar/a_escola.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2020



A ideia de base da integração escolar não é eliminar os serviços educacionais especiais, pelo contrário, é garantir a sua permanência no interior da escola, mas dando a eles um outro caráter. Partindo do suposto de que a criança portadora de deficiência, ou não, faz parte da escola como um todo, o educador do ensino especial não pode restringir suas ações a um campo específico, como, por exemplo, à classe especial e aos alunos do ensino especial. Ele deve estender suas ações a todas as esferas da escola.

Assim, atualmente, não se deve priorizar a segregação em escolas especiais. Tratar da inclusão dos alunos com deficiência nas escolas comuns é exercer a cidadania, como aponta o Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência<sup>25</sup>:

O princípio de inclusão que prega o direito de a pessoa com deficiência viver inserida na sociedade é um facilitador na medida em que repudia qualquer forma de excepcionalidade, tanto aquela que segrega mantendo-a longe, quanto aquela que superprotege mantendo-a diferente. A ideia de inclusão, impondo a todos nós o desafio do convívio dos diferentes, permite criar os mecanismos da igualdade e inventa novas formas de construir democracia. É necessário trabalhar desenvolvendo estratégias que visem inserir a pessoa com deficiência como parte da discussão e do encaminhamento das principais questões sociais brasileiras. Precisamos produzir modelos inovadores de ação conjunta da sociedade organizada e do Estado, com o sentido de tirar da marginalidade a questão e com o objetivo final de trabalhar pela inclusão social da pessoa com deficiência e por sua cidadania. A defesa de seus direitos deve ser entendida como uma tarefa mais ampla, que atua não somente na vertente da defesa legal, jurídica, mas passa pela construção dessa cidadania. De tal modo hoje inexitem para elas direitos de cidadania que se torna necessário começar a construir uma realidade nova através da divisão de responsabilidades.

O primeiro passo é dar a devida importância ao assunto, para que cada vez mais surjam ideias e estratégias para concretização da inclusão social. É notório que a questão educacional é complexa. Não é tão simples receber um aluno com deficiência, pois este, em boa parte dos casos, precisa de atendimento educacional especializado e de adaptações curriculares e psicopedagógicas para seu aprendizado integral. Como o sistema educacional historicamente segregou essas pessoas, é evidente que as escolas em geral, públicas e privadas, ainda não estão completamente preparadas para essa demanda.

Faz-se necessária parceria entre escola, família, associações privadas e órgãos públicos para se pensar educação como direito a todos. É igualmente importante a compreensão por parte das famílias e da sociedade sobre as dificuldades que as escolas provavelmente terão até acertarem no oferecimento de uma verdadeira educação inclusiva. Vale lembrar que o conceito de inclusão vai além de pessoas com deficiência, abrange diferenças como um todo –

---

<sup>25</sup>INSTITUTO BRASILEIRO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. *Inclusão Social da pessoa com deficiência*: medidas que fazem a diferença. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.ibdd.org.br/arquivos/inclusaosocial.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2020.



religião, etnia, orientação sexual. Entretanto, uma barreira gigantesca é o preconceito, ainda enraizado na sociedade brasileira.

O preconceito nem sempre parte das crianças e dos colegas de turma, mas, na maioria das vezes, das próprias famílias que não querem que seus filhos fiquem em uma turma “atrasada”. Na verdade, é uma questão de respeito às diferenças e ao desenvolvimento cognitivo de cada um. O que as famílias talvez não consigam enxergar é a riqueza de se conviver com o diferente e o quanto isso pode contribuir para a construção de uma sociedade mais igualitária. Trazer a diversidade para o espaço escolar é oportunizar o crescimento conjunto, não só em termos pedagógicos, mas também culturais e sociais.

Por outro lado, o preconceito pode vir por parte das escolas, que, muitas vezes, não querem encarar a mudança e repensar o ensino. Receber um aluno com deficiência física ou intelectual pode se tornar custoso, e recusar a matrícula se tornou comum<sup>26</sup>. Como explicado no capítulo anterior, com o julgamento da ADI nº 5.357/15<sup>27</sup>, essa prática de escolas privadas passou a ser considerada inconstitucional. Infelizmente, não se pode dizer com todas as letras que não ocorre mais<sup>28</sup>.

Outro desafio que vem à tona quando se pensa em alunos com alguma deficiência é a barreira física. Rampas, portas maiores e banheiros adaptados são exemplos básicos do que deve ser incluído nas escolas para permitir o direito à acessibilidade dessas pessoas. O que poucos pensam é que, muitas vezes, o chão da escola é irregular, há degraus nas portas das salas de aula, e o espaço entre as cadeiras e as mesas é pequeno. Detalhes que fazem toda a diferença para o desenvolvimento dos alunos com deficiência em relação a sua autonomia, principalmente. A instituição escolar deve se adaptar de tal forma a minimizar qualquer falta de acessibilidade.

Ademais, o número médio de alunos por sala de aula nas escolas brasileiras é muito alto, principalmente nas escolas públicas<sup>29</sup>. Se isso já é uma barreira ao aprendizado de alunos que não possuem deficiência alguma, para uma criança com deficiência é ainda mais prejudicial. O alto número de alunos em sala, aliado à falta de formação específica dos professores, é um desafio muito grande, uma vez que envolve todas as etapas do processo

---

<sup>26</sup>COSTA, Daniel da Silva; OLIVEIRA, Glaucimara Pires. *A Cortina de Fumaça na Inclusão de Alunos com Deficiência*. Revista Interinstitucional Artes de Educar. Rio de Janeiro, V. 5, N.1- p.118 -134. jan./abr. 2019.

<sup>27</sup>BRASIL. op.cit., nota 17.

<sup>28</sup>ROLLWAGEN, Aletya Dahana; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Orlando. Proibição de discriminação da pessoa com deficiência: a incidência do princípio da igualdade nas relações privadas. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 174-193, jan./jun. 2020.

<sup>29</sup>INEP. *Indicadores Educacionais*. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/indicadores-educacionais>>. Acesso em: 12 set. 2020.



educacional. O planejamento de aula, a seleção de material didático, o desenvolvimento de atividades em sala e, conseqüentemente, a aprendizagem dos alunos são diretamente afetados.

O Atendimento Educacional Especializado – AEE<sup>30</sup>, por exemplo, elaborado para minimizar a defasagem pedagógica e para criar momentos de maior vínculo e acolhimento, que poderia ser utilizado de forma mais eficaz para contrabalancear o desafio descrito acima, ocorre no contraturno e sem obrigatoriedade. Dessa forma, muitos alunos não participam do AEE e a realidade do ensino inclusivo continua distante.

Portanto, percebe-se que o direito à acessibilidade encontra desafios para sua total efetivação no campo educacional. Não basta estabelecer em lei que todos os homens são livres: devem ser tratados de forma igual e deve haver cooperação entre sociedade, órgãos públicos e Estado. Apesar dos avanços na educação inclusiva, em virtude do Estatuto da Pessoa com Deficiência, faz-se necessário pensar em adequações e discutir soluções para ampliá-la, como, por exemplo, investimentos de recursos e maior capacitação dos professores. Não é uma mudança simples, tampouco rápida. Por isso, deve ser cada vez mais incluída como pauta de destaque, a fim de viabilizar sua aceleração.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, sem sombra de dúvidas, é um grande avanço para a verdadeira inclusão desse grupo na sociedade, mas que elaborações de leis não são, por si só, suficientes para mudar a realidade. Dessa forma, faz-se necessária a aplicabilidade da lei em campo prático, para que não seja apenas uma ferramenta de igualdade formal.

O direito à educação é um direito de todos e, portanto, não deve ser aplicado apenas para uma parcela da sociedade. Para garantir que todos os seres humanos sejam tratados de forma igualitária, no sentido da igualdade material, medidas devem ser tomadas para que os textos legislativos não virem ilusões de uma sociedade justa e democrática.

A criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi imprescindível para trazer para a realidade desse grupo de pessoas os direitos já previstos na Constituição Federal. Um grande

---

<sup>30</sup>BRASIL. Ministério da Educação. *Diretrizes operacionais da educação especial para o Atendimento Educacional Especializado na educação básica*. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=428-diretrizes-publicacao&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=428-diretrizes-publicacao&Itemid=30192)>. Acesso em: 03 set. 2020.



avanço foi a alteração da teoria das incapacidades, por exemplo, no Código Civil. Antes, os que, por deficiência mental ou enfermidade, não tivessem discernimento sobre os atos civis eram considerados absolutamente incapazes. Após o ano de 2015, não existe mais pessoa maior de idade absolutamente incapaz. No plano dos atos civis, há uma inclusão plena das pessoas com deficiência. A incapacidade passou a ser determinada pela idade, não havendo a distinção anterior.

Por questões lógicas, menores de dezesseis anos de idade continuam sendo absolutamente incapazes. Entretanto, o fato de não haver, na letra de lei, segregação quanto às pessoas com deficiência provoca uma repercussão positiva na sociedade como um todo, principalmente nas famílias que possuem alguém com necessidades especiais. De certa forma, isso contribui para a ampliação dos direitos.

Em relação ao direito à educação, percebe-se uma evolução, mesmo que pequena, uma vez que há esforço em incluir os alunos com deficiência em escolas comuns, tanto públicas como privadas. Houve implementação e aprimoramento do Atendimento Educacional Especializado; vedação da cobrança de taxa extra, nos casos de escolas privadas, para matrícula de alunos com necessidades especiais; prevalência da inclusão social em detrimento da segregação; e aumento do número de alunos com deficiência nas escolas brasileiras, em geral.

Ocorre que, junto com as contribuições que os deveres e as obrigações impostos pela legislação promovem, a sociedade brasileira enfrenta dificuldades que ultrapassam o plano material. Não é apenas a falta de recursos para tornar as escolas acessíveis, seja arquitetônica ou socialmente, ou a falta de professores capacitados para tornar a educação cada vez mais inclusiva. Na verdade, o problema é mais profundo: a sociedade é extremamente preconceituosa. Sem a quebra de barreiras culturais, como essa, não haverá inclusão completa das pessoas com deficiência nas instituições escolares.

Da mesma forma que não cabe à instituição determinar quem tem o direito de se matricular, conforme o julgamento da ADI nº 5.357/15, não é o momento de impedir que todas as pessoas, independente de raça, sexo, cor, credo, opinião política ou situação socioeconômica, se relacionem e se desenvolvam em um mesmo ambiente. A tentativa de segregar os alunos com necessidades especiais em escolas especiais não deve ser priorizada. A escola é referência de cidadania e tem papel fundamental no desenvolvimento – pedagógico, mas acima de tudo, cultural – do aluno.

Obstáculos sempre vão existir, mas devem ser tratados como impulsionadores para o aprimoramento das técnicas já implementadas e para o surgimento de novos estudos e debates. Para isso, é urgente o trabalho em rede. Isto é, o trabalho conjunto entre Estado e sociedade. As



melhorias estão diretamente ligadas ao maior conhecimento da população sobre o assunto, à formação profissional específica e, conseqüentemente, aos investimentos na educação brasileira, bem como à fiscalização dos órgãos competentes para que a legislação seja integralmente cumprida e o processo de inclusão seja o mais breve possível.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. *Resolução nº 2*, de 11 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 6.949*, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.146*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.394*, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm)>. Acesso em: 08 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. *Diretrizes operacionais da educação especial para o atendimento educacional especializado na educação básica*. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=428-diretrizes-publicacao&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=428-diretrizes-publicacao&Itemid=30192)>. Acesso em: 03 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Portaria nº 2.219*, de 27 de dezembro de 2019. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 de dezembro de 2019, p. 244-938.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.357*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>>. Acesso em: 07 mar. 2020.

COSTA, Daniel da Silva; OLIVEIRA, Glaucimara Pires. *A Cortina de Fumaça na Inclusão de Alunos com Deficiência*. Revista Interinstitucional Artes de Educar. Rio de Janeiro, V. 5, N.1- pág.118 -134. jan./abr. 2019.

FIGUEIREDO, Rita Vieira. *A Escola Como Lugar de Integração (Ou Segregação?) da Criança Portadora de Deficiência Intelectual*. Disponível em: <[http://www.aprendizagemnadiversidade.ufc/documentos/inclusao\\_escolar/a\\_escola.pdf](http://www.aprendizagemnadiversidade.ufc/documentos/inclusao_escolar/a_escola.pdf)>. Acesso em: 04 set. 2020.



INEP. *Indicadores Educacionais*. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/indicadores-educacionais>>. Acesso em: 12 set. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. *Inclusão Social da pessoa com deficiência: medidas que fazem a diferença*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.ibdd.org.br/arquivos/inclusaosocial.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2020.

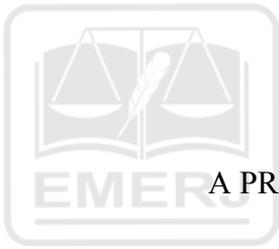
ROLLWAGEN, Aletya Dahana; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Orlando. *Proibição de discriminação da pessoa com deficiência: a incidência do princípio da igualdade nas relações privadas*. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 174-193, jan./jun. 2020.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; MARTA, Tais Nader. *Direito à Educação Inclusiva: Um Direito de Todos*. São Paulo: Verbatim, 2013.

SILVA FILHO, Daniel Mendes da; KASSAR, Mônica de Carvalho Magalhães. *Acessibilidade nas escolas como uma questão de direitos humanos*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/educacaoespecial>> Acesso em: 10 mai. 2020.

STOLZE, Pablo. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>>. Acesso em: 04 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): Repercussões para o Direito de Família confrontações com o novo CPC*. Primeira parte. Professor Flavio Tartuce, 2015. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2015/07/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei.html>>. Acesso em: 20 de abr. 2020.



## A PROIBIÇÃO DA AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Simone Campos Alves

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada.

**Resumo** – o presente tema diz respeito à amplitude de como o direito ao silêncio se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro. Esse estudo tem como objetivo discorrer sobre a interpretação hipergarantista do princípio *nemo tenetur se detegere* adotada pela doutrina e jurisprudência brasileiras e suas implicações na persecução penal. A fim de demonstrar que essa proteção exacerbada traz prejuízos que também afetam outros direitos fundamentais, este trabalho vem propor uma releitura do princípio da vedação à autoincriminação à luz dos princípios da proporcionalidade, em seu duplo aspecto, e da dignidade da pessoa humana, a fim de assegurar à sociedade a proteção dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

**Palavras-chave** – Autoincriminação; *nemo tenetur se detegere*; direito ao silêncio; deficiência; impunidade; proporcionalidade.

**Sumário** – Introdução. 1. A dimensão do princípio da não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A possibilidade de intervenção corporal na busca de obtenção de provas. 3. O garantismo processual brasileiro e a proteção deficiente do Estado. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O direito de não produzir prova contra si mesmo consolidou-se na Inglaterra, durante a transição do sistema inquisitorial para o sistema acusatório, e teve seus avanços com a *common law*. Posteriormente, o direito ao silêncio foi inserido na Constituição norte-americana, intitulado como Aviso de Miranda, e acabou influenciando o ordenamento jurídico brasileiro, dentre outros.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, na qual o Brasil é signatário traz, em seu artigo 8º, inciso 2, letra g, o direito de ninguém ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado.

No Brasil, o direito ao silêncio está previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988, com status de cláusula pétrea, e sua tipificação assegura ao preso e a qualquer acusado na esfera penal o direito de permanecer calado.

Cabe ressaltar que a maior evolução desse direito foi a mudança de paradigma do interrogatório, que antes era compreendido como meio de prova, e que passou a ser visto como meio de defesa do acusado.

Em 2003, o Código de Processo Penal trouxe nova redação, no parágrafo único do artigo 186 deste diploma, normatizando que o silêncio não importa em confissão, assegurando que o exercício deste direito não seja interpretado em prejuízo da defesa.

Muito diferente do que ocorre em outros países também signatários da CADH, a doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm ampliando os limites da vedação à autoincriminação tornando esse direito quase absoluto.

Este trabalho objetiva apresentar a amplitude do princípio da não autoincriminação no processo penal brasileiro, apontando o viés deturpado e excessivo na proteção do seu exercício, e suas consequências.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a dimensão do princípio da não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro, questionando sua amplitude e os seus desdobramentos a partir da interpretação doutrinária e jurisprudencial brasileira.

No segundo capítulo, propõe-se revelar a possibilidade de intervenção corporal na busca de obtenção de provas tendo como princípio basilar o princípio da proporcionalidade e, conseqüentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

No terceiro capítulo, segue-se apontando o garantismo processual brasileiro e a proteção deficiente do Estado, demonstrando a necessidade da ponderação de valores entre o interesse público e o interesse privado na persecução penal.

A abordagem do objeto dessa pesquisa jurídica será a qualitativa-explicativa, tendo em vista que a pesquisadora pretende valer-se de bibliografias pertinentes ao tema para sustentar que o direito ao silêncio deve ser interpretado e compreendido a partir dos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Tal pesquisa será analisada e fichada em sua fase exploratória por meio de legislação, doutrina, artigos científicos e jurisprudência, e será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, no qual serão eleitas proposições hipotéticas, que serão analisadas e comprovadas argumentativamente.

## 1. A DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito de não produzir provas contra si mesmo, também conhecido pela doutrina como o Princípio do *nemo tenetur se detegere*, está previsto no artigo 8º, inciso 2, letra g, da



Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>1</sup> (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, em que se assegura a todo e a qualquer acusado o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado.

No Brasil, a tipificação desse direito está prevista no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>, cuja redação impõe que o preso deverá ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado.

O direito de permanecer calado, em seu sentido literal, traz a ideia de que o acusado não pode ser compelido a testemunhar contra si próprio, ou seja, que o texto constitucional se restringe à ideia de uma vedação à confissão coercitiva.

Haddad<sup>3</sup> assevera que:

[...] o direito ao silêncio não apenas proíbe interrogatórios tendenciosos, o emprego de tortura e outras formas de coerção tais como ameaças de mal futuro ou promessas de julgamento condescendente. Assegura a liberdade de escolha da conduta processual a se adotar [...].

Renato Brasileiro<sup>4</sup> sustenta que o termo direito de permanecer calado deve ser interpretado de maneira mais abrangente, no sentido de que “a pessoa não pode ser obrigada a produzir prova contra si”, uma vez que esta interpretação revela a real intenção do constituinte.

Maria Elizabeth Queijo<sup>5</sup> afirma que o princípio do *nemo tenetur se detegere*, por ser um direito fundamental, tem o objetivo de:

[...] proteger o indivíduo contra os excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações [...].

Desta forma, verifica-se que, por meio de uma interpretação ampliativa, o direito ao silêncio é compreendido como uma das facetas do princípio da vedação à autoincriminação, já que este princípio engloba não somente o direito de o acusado se manter calado, como também o direito de não produzir provas contra si, o de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal, entre outros.

<sup>1</sup>BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>

<sup>2</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 mai. 2020.

<sup>3</sup>HADADD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 69.

<sup>4</sup>LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 75-76.

<sup>5</sup>QUEIJO apud ibid.



Doutrina e jurisprudência entendem que essa proteção engloba não só o preso, como o texto constitucional e o Código de processo Penal parecem sugerir, mas qualquer pessoa que esteja sendo investigada ou acusada em persecução penal.

Da mesma forma, o Código Penal brasileiro<sup>6</sup>, em seu artigo 342, tipifica como crime a conduta de falsear ou calar a verdade no caso de testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, como se vê:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:  
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A partir de uma leitura constitucional, é possível estender a proteção do direito ao silêncio às testemunhas, dispensando-as do dever de prestar o compromisso de dizer a verdade sempre que, em seu depoimento, houver, ainda que indiretamente, risco de autoincriminação. Assim, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 100.332/PR<sup>7</sup>:

[...] PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO CONCEDIDO À TESTEMUNHA DE PERMANECER EM SILÊNCIO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. GARANTIA DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. DISPARIDADE DE TRATAMENTO A SITUAÇÕES JURÍDICAS IDÊNTICAS. NÃO CONFIGURADA. DECISÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E ESPECÍFICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO (...) II – Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado – ainda que convocada como como testemunha (RTJ 163/626 – RTJ 176/805-806), possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria” (RTJ 141/512, Rel. Min. Celso de Mello). Precedentes.”

Inicia-se, portanto, a discussão sobre a extensão do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Tanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos quanto na Constituição Republicana Federativa do Brasil, os seus textos remetem à vedação de uma conduta ativa do sujeito passivo, ou seja, tanto o direito de não auto incriminar-se como o direito de

<sup>6</sup>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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>7</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 100.332/PR*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801667236&dt\\_publicacao=04/06/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801667236&dt_publicacao=04/06/2019)>. Acesso em: 27 out. 2020.



permanecer calado preserva um não agir do indivíduo, assegurando-lhe uma conduta omissiva.

O direito de não produzir prova contra si mesmo vem sendo utilizado de forma tão elástica ao ponto de alguns autores defenderem a ideia de que o acusado possui o direito subjetivo de falsear a verdade, tal como o direito de fugir<sup>8</sup>.

Nas palavras de Eugênio Pacelli<sup>9</sup>:

[...] o que se poderá alegar, com maior ou menor sucesso, a depender do caso concreto, é que o agente – que tenta a fuga, que mente sobre sua identidade etc. – é a eventual justificação da conduta (excludente de ilicitude) ou inexigibilidade de conduta diversa (exclusão de culpabilidade). Jamais o exercício de qualquer direito subjetivo! [...]

Em primeiro lugar, é preciso atentar-se para a diferença entre tolerar uma determinada conduta e assegurá-la enquanto um direito.

Tolera-se a mentira do acusado em interrogatório quando a sua declaração não resultar em lesão a terceiros<sup>10</sup>. Neste caso, o acusado estaria a se valer do princípio da autodefesa, até porque não existe crime de perjúrio em nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, assegurar a mentira como um direito derivado do princípio do *nemo tenetur se detegere* seria permitir que determinados tipos penais como a falsidade ideológica ou até mesmo a denúncia caluniosa, entre outros, pudessem ser legitimamente praticados pelo acusado sob a justificativa de estar acobertado por tal princípio.

Haddad<sup>11</sup> menciona que:

[...] existe uma grande disparidade entre admitir que o acusado possa, no exercício da autodefesa, apresentar os fatos de forma a não produzir uma autoincriminação, ainda que não condizentes com a realidade, e a consagração do direito de mentir em nosso ordenamento [...].

Para o autor<sup>12</sup>, “o direito de defesa não compreende o direito de provocar lesões em interesses de terceiros, sob o risco de se conceder salvo-conduto para delinquir”.

Da mesma forma, Renato Brasileiro<sup>13</sup> entende que do princípio do *nemo tenetur se detegere* “não decorre a não punibilidade de crimes conexos praticados para encobrir a prática de outros”.

---

<sup>8</sup>Ibid.

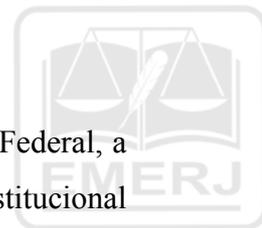
<sup>9</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 36.

<sup>10</sup>HADADD, op. cit., p. 178-80.

<sup>11</sup>Ibid.

<sup>12</sup>Ibid.

<sup>13</sup>LIMA, op. cit., p. 86.



Como se vê no julgamento do HC nº 68.929/SP<sup>14</sup>, pelo Supremo Tribunal Federal, a prerrogativa de o acusado permanecer em silêncio está englobado pelo direito constitucional do devido processo legal e, dessa forma, amplia-se a ele o direito de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal.

Já no HC nº 72.377/SP<sup>15</sup>, o Supremo tipificou o crime de falsa identidade pelo fato de o agente, ao ser preso, ter se identificado com nome falso, a fim de burlar seus maus antecedentes.

O Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado de Súmula nº 522<sup>16</sup>, que dispõe a seguinte redação: “a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

Portanto, a mentira não pode ser reconhecida como um direito, mas sim tolerada nos casos em que o seu exercício não atinja interesses de terceiros, sujeito à configuração de crime.

Como no Brasil não há o dever legal do acusado em dizer a verdade em seu interrogatório, resta demonstrada uma das hipóteses do desdobramento do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Outro desdobramento do princípio que veda à autoincriminação é o direito do acusado de se abster de praticar qualquer comportamento ativo capaz de incriminá-lo<sup>17</sup>. Neste caso, por óbvio, é inadmissível qualquer medida coercitiva que demande um comportamento ativo do sujeito, visto que ele não é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

## 2. A POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO CORPORAL NA BUSCA DA OBTENÇÃO DE PROVAS

Um ponto bastante interessante a ser analisado é a possibilidade de intervenção corporal, pelo Estado, e o seu limite na produção de prova, ou seja, a possibilidade de o Estado submeter o acusado, na persecução penal, a intervenções corporais mesmo contra a sua vontade.

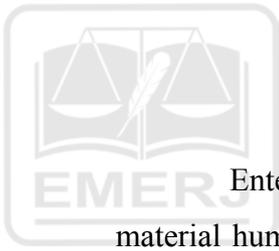
---

<sup>14</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 68.929/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71335>>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>15</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 72.377/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2634636>>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>16</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 522*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=522&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>17</sup>LIMA, op. cit., p. 77-78.



Entende-se por intervenções corporais as medidas de investigação via coleta de material humano, com o intuito de se comprovar, mediante perícia, a conduta supostamente praticada pelo acusado.

Aqui, cabe distinguir as duas modalidades de intervenção corporal: a invasiva e a não invasiva.

Para Renato Brasileiro<sup>18</sup>, as intervenções corporais invasivas, são aquelas em que a coleta do material se faz com o auxílio de algum instrumento ou não, capaz de penetrar ou atingir de alguma forma o corpo humano. Exemplo: coleta de sangue, coleta de material ginecológico, fio de cabelo preso ao couro cabeludo, entre outros.

Já as intervenções corporais não invasivas são aquelas cujo o material para análise já foi despendido do corpo humano, ou seja, que não faz mais parte dele. Exemplo: coleta de sangue no local do crime, coleta de digital fixada em copo ou em qualquer superfície, coleta de fio de cabelo solto no chão, entre outros.

A Constituição Federal brasileira não estabeleceu uma reserva de jurisdição para a determinação das intervenções corporais, ou seja, no ordenamento jurídico brasileiro não há uma regulamentação sistemática sobre elas.

A partir de uma interpretação ampliativa e bastante alargada do princípio da não autoincriminação, extrai-se que a realização de uma intervenção corporal está adstrita ao consentimento do agente, devido à impossibilidade de obrigar alguém a colaborar na produção de provas contra si mesmo.

É nesse cenário que a distinção do tratamento entre as provas corporais invasivas e não invasivas tornam-se relevantes. Pode, o acusado, discordar em colaborar ativamente na produção da prova invasiva.

Contudo, o tratamento das provas não invasivas, em circunstâncias em que não necessite de uma conduta ativa do agente deve ser diferenciado, sendo permitida a sua realização.

A inadmissibilidade absoluta da utilização das intervenções corporais invasivas não se mostra razoável, devendo a sua utilização buscar compatibilidade com os Princípios Constitucionais e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

---

<sup>18</sup>Ibid.



Luiz Flávio Gomes<sup>19</sup> entende que o núcleo do direito a não autoincriminação recai na inatividade do acusado, garantindo-lhe o direito de não participar de forma ativa na produção de provas.

Pacelli<sup>20</sup> defende a tese de que a sujeição do acusado a determinadas intervenções invasivas é lícita, desde que observado o critério legal e a sua regulamentação, para que seja preservado ao máximo os seus direitos.

Para este autor, reina na doutrina e jurisprudência brasileiras uma completa incompreensão sobre o alcance do princípio da vedação à autoincriminação. Contudo, sua posição é minoritária na doutrina pátria.

A posição doutrinária majoritária e jurisprudencial no Brasil enfrenta o tema de forma muito tímida. O Supremo Tribunal Federal (STF) afasta o dever de cooperação do indivíduo na produção de provas, sendo ela invasiva ou não, retirando o seu dever de colaboração.

O Tribunal julgou, no HC nº 77.135-SP<sup>21</sup>, que o acusado não poderia ser obrigado a fornecer padrões gráficos do próprio punho, coercitivamente, tendo apenas a possibilidade de ser intimado para ofertar o material, caso quisesse contribuir voluntariamente. Afastou, inclusive, neste mesmo julgado, a possibilidade de a autoridade policial determinar a apresentação de material gráfico pelo acusado, contra sua vontade, sob pena de desobediência. Muitos são os julgados do STF nesse sentido.

A título de exemplo, podemos citar o HC nº 166.377<sup>22</sup>, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que a exigibilidade à submissão ao teste do bafômetro constitui violação ao direito à não autoincriminação.

Conclui-se que tamanha proteção tem como fundamento precípua a intimidade, a honra e a imagem do acusado, predominando o entendimento de que o princípio *nemo tenetur se detegere* não possa ir de encontro aos interesses do réu.

Para Carollo<sup>23</sup>, “o princípio *nemo tenetur se detegere* no Brasil representa uma barreira quase que intransponível à investigação probatória por parte Estado”, o que se mostra

---

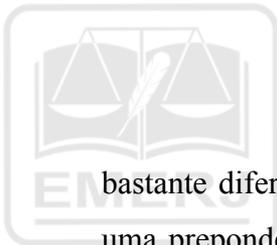
<sup>19</sup>GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. In: *Temas para uma perspectiva crítica do direito*: homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 635.

<sup>20</sup>PACELLI, op. cit., p. 203.

<sup>21</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 77.135. Relator: Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14698246/habeas-corpus-hc-77135-sp>>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>22</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 166.377. Relator: Min. Og Fernandes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339306267&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2020.

<sup>23</sup>CAROLLO, João Carlos. *Garantismo Penal*: o direito de não produzir prova contra si mesmo e o princípio da proporcionalidade. Curitiba: Juruá, 2013, p. 130.



bastante diferente do que ocorre em outros países do mundo. O autor sustenta que lá existe uma preponderância do interesse público em detrimento do interesse privado na persecução penal, tendo em vista a busca da verdade real.

Apesar de toda a proteção exacerbada na doutrina e jurisprudência brasileiras acerca do supracitado princípio, inicia-se uma tímida perspectiva na direção oposta no ano de 2012. A Lei nº 12.654/12 trouxe modificações na Lei nº 7.210/84<sup>24</sup> (Lei de Execuções Penais), inserindo o artigo 9º-A, como se observa a seguir:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.072, de 25.07.1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

Portanto, já é juridicamente possível, em alguns casos isolados, a realização de intervenção corporal na colheita de prova invasiva, ainda que sem o consentimento do acusado.

Consiste em mera tolerância deste, visto que a intervenção estatal se perfaz por meio de uma conduta passiva do acusado, com a observância do princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

É o início da busca pelo equilíbrio entre princípios constitucionais, tendo em vista que nenhum direito deve ser compreendido como absoluto.

### 3. O GARANTISMO PROCESSUAL BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO

Antes de abordar a temática do garantismo processual, faz-se necessária a análise do princípio da proporcionalidade. Cabe destacar que este princípio está disposto de forma implícita na Constituição Federal de 1988<sup>25</sup>, no parágrafo 2º do artigo 5º, que assim dispõe: “art. 5º [...] §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

<sup>24</sup>BRASIL. *Lei nº 7210*, 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/lis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lis/17210.htm)> Acesso em: 01 set. 2020.

<sup>25</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O princípio decorre do artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>26</sup>, do qual é signatário o Brasil, que estabelece que todo homem está sujeito somente às limitações previstas em lei<sup>27</sup> com o único objetivo de assegurar e respeitar direitos e liberdades. O princípio da proporcionalidade<sup>28</sup> possui três subprincípios, que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Entende-se como adequado o ato restritivo estatal que consegue alcançar a finalidade almejada, ou seja, uma relação de meio e fim, em que o meio adotado pelo Estado, na persecução penal, é o meio apropriado para alcançar o resultado pretendido. Renato Brasileiro<sup>29</sup> assevera que “não se deve permitir, portanto, o ataque a um direito fundamental se o meio adotado não se mostrar apropriado à consecução do resultado”.

Também conhecido como princípio da intervenção mínima, da exigibilidade, ou da proibição de excesso, o subprincípio da necessidade propõe que o ato restritivo estatal deve atingir os direitos fundamentais do acusado com menos intensidade, ou seja, deve-se buscar o meio menos gravoso e eficaz à persecução penal. Carollo<sup>30</sup> entende que o subprincípio da necessidade tem como objetivo assegurar que a “medida restritiva seja realmente imprescindível para a manutenção do direito fundamental e que, pela avaliação concreta, não se recomende sua substituição por outra de igual eficácia ou até menos gravosa”.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito resta configurado quando, em uma ponderação de interesses, as vantagens superam os ônus impostos. Como se vê nas palavras de Luís Roberto Barroso<sup>31</sup>, “cuida-se aqui de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos”.

Willis Santiago Guerra Filho<sup>32</sup> faz uma breve síntese acerca dos três subprincípios, na qual afirma que “uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o

<sup>26</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>27</sup>MARQUES, Andrea Neves Gonzaga. *Princípio da Proporcionalidade e seus Fundamentos*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 22 set. 2020.

<sup>28</sup>LIMA, op. cit., p. 89.

<sup>29</sup>Ibid.

<sup>30</sup>CAROLLO, op. cit., p. 111.

<sup>31</sup>BARROSO apud KONCIKOSKI, Marcos Antonio. *Princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-proporcionalidade/>> Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>32</sup>FILHO apud LIMA, op. cit., p. 89.



menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.

Carollo<sup>33</sup> sustenta que o princípio da proporcionalidade possui uma dupla dimensão: a “proporcionalidade do aspecto da proibição de excesso por parte do Estado, bem como da proibição da proteção insuficiente”.

Na Europa, entre o século XVIII e XIX, diante da transição do regime absolutista para o regime liberal, surge a necessidade de frear o poder ilimitado do Estado, a fim de impedir uma atuação arbitrária estatal, fazendo nascer o princípio da proporcionalidade enquanto proibição de excesso.

Como se vê no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>34</sup>, “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”

Do mesmo modo, diante das mudanças e evoluções sociais, principalmente com o aumento da criminalidade, surge a necessidade de proteção aos interesses transindividuais, difusos e coletivos, o que fez surgir o princípio da proporcionalidade enquanto proibição da proteção insuficiente.

Verifica-se que no artigo 12 do diploma supracitado<sup>35</sup> “a garantia dos direitos do Homem e do Cidadão carece de uma força pública; esta força é, pois, instituída para vantagem de todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada”.

Neste sentido<sup>36</sup>, com o advento da Constituição Republicana Federativa do Brasil, marcada pelo pós-regime ditatorial, nasceu, para o Brasil, a função de limitação à atuação estatal e a imposição de deveres de tutela por parte Estado.

Como se sabe, é dever do Estado promover a segurança e o bem-estar social, tal como se apresenta no preâmbulo da Constituição Federal de 1988<sup>37</sup>:

[...] nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida,

<sup>33</sup>CAROLLO, op. cit., p. 113.

<sup>34</sup>BRASIL, *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>35</sup>Ibid.

<sup>36</sup>Ibid.

<sup>37</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil [...].

Dessa forma, pode-se concluir que a Carta Magna trouxe o dever de proteção estatal, no qual o Estado deve agir, na proteção de suas garantias, atuando de formas negativa, abstendo-se de cometimento de abusos, e positiva, agindo na proteção de bens jurídicos coletivos.

Do mesmo modo, afirma, Lenio Streck<sup>38</sup>, que é necessário superar o modelo clássico de garantismo negativo, em que só há uma leitura do princípio da proporcionalidade, voltado, apenas, à proteção contra excessos. Ele entende que é preciso compreender as duas facetas do mencionado princípio, uma vez que ele “não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado”.

Em se tratando de processo penal constitucional, os interesses individuais e os interesses estatais encontram-se em colisão, visto que aqueles têm como objetivo a garantia plena dos direitos fundamentais, enquanto estes têm a pretensão de concretizar os direitos prestacionais por meio da persecução penal.

No Brasil, existe uma tendência em interpretar os direitos fundamentais individuais como se fossem absolutos. Uma espécie de hipergarantia na ceara processual penal individual. Não se pode ignorar que é dever do estado tutelar os direitos coletivos, visto que nada mais são que a concentração de pretensões individuais reunidas no seio social.

Entende Carollo<sup>39</sup> que “se continuar buscando a plenitude absoluta dos princípios e garantias individuais, ocorrerá um sério risco para a efetividade da justiça criminal, comprometendo-se, assim, os direitos coletivos e sociais de toda a sociedade”.

O texto constitucional trouxe em seu bojo diversos princípios implícitos e explícitos que devem ser interpretados com harmonia e equilíbrio em cada caso concreto. Cabe aos intérpretes do Direito um olhar mais atento às necessidades sociais, ao aumento significativo da criminalidade e principalmente da impunidade.

Maria Elizabeth Queijo<sup>40</sup> afirma que:

[...] deve-se destacar, porém, que a contraposição que se costuma identificar entre interesse público e o interesse individual, no processo penal, é apenas aparente (...). É que há também interesse público na construção de um processo ético, no qual se respeitam os direitos e garantias fundamentais do indivíduo [...].

<sup>38</sup>STRECK apud CAROLLO, op. cit., p. 116.

<sup>39</sup>Ibid., p. 123.

<sup>40</sup>QUEIJO apud LIMA, op. cit., p. 243.



O direito de não produzir prova contra si, da maneira que é interpretado no Brasil, prejudica todo o seio social em prol do interesse individual, causando uma ameaça ao próprio Estado de direito. O que se propõe é o equilíbrio entre uma persecução penal eficiente e a preservação das garantias fundamentais do acusado, a fim de assegurar à sociedade a proteção dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

## CONCLUSÃO

O princípio do *nemo tenetur se detegere* é um princípio fundamental que visa assegurar a vedação à autoincriminação de presos, de todos aqueles que estejam sendo vítimas de uma investigação criminal, e até mesmo daqueles que se apresentam para depor na qualidade de testemunha, quando a sua declaração possa acarretar em autoincriminação.

Este princípio visa obstar uma atuação excessiva e desproporcional por parte do Estado na persecução penal, vez que seu surgimento se deu pela reação social às agressões vivenciadas sob o manto do sistema inquisitorial.

Engloba não somente o direito de o acusado se manter calado, mas como também o direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal, de dizer a verdade, de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, entre outros.

É amplamente recepcionado pela doutrina e jurisprudência brasileiras como um direito fundamental quase que absoluto, e sua interpretação ampliativa, elástica, na defesa do acusado, tem como objetivo obstar uma atuação mais invasiva, a fim de evitar abusos e arbitrariedades estatais.

Como se vê, a Constituição Republicana Federativa do Brasil trouxe em seu bojo outros vários princípios, implícitos e explícitos, que foram contemplados com a mesma hierarquia de importância no texto constitucional, sendo certo de que nenhum direito é absoluto.

Registra-se, portanto, que a Carta Magna brasileira dispõe, em seu preâmbulo, as diretrizes para se alcançar um bem comum, ou seja, ela aponta que suas normas devem ser interpretadas como um sistema único e equilibrado na busca da democracia, liberdade, proteção e bem-estar social.

Em uma possível colisão de direitos fundamentais, cabe ao intérprete do Direito atentar-se ao método de ponderação de valores, de modo que os princípios em conflito sejam harmonizados entre si, permitindo, dessa forma, o uso de determinados mecanismos que possibilite uma solução mais justa, necessária e equilibrada em cada caso concreto.



O princípio da proporcionalidade é um princípio implícito que busca o equilíbrio entre o meio adequado e necessário para a solução dos conflitos. É um instrumento composto por um duplo aspecto - negativo e positivo -, necessário e imprescindível para assegurar a proteção tanto dos direitos fundamentais individuais como dos direitos fundamentais coletivos.

O que se propõe é uma reflexão mais ampla e profunda acerca do princípio do *nemo tenetur se detegere*, tendo em vista os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana como balizadores. É preciso compatibilizar a proibição do excesso com a proibição de insuficiência, para que, simultaneamente, seja possível tutelar os direitos fundamentais individuais e coletivos dentro dos limites adequados e necessários para a obtenção da paz social.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 19 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 08 set. 2020.

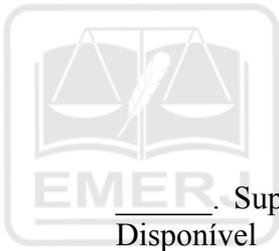
\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 19 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7210*, 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)> Acesso em: 01 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 77.135*. Relator: Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14698246/habeas-corporus-hc-77135-sp>>. Acesso em: 08 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC 68.929/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71335>>. Acesso em: 08 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 72.377/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2634636>>. Acesso em: 08 set. 2020.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 100.332/PR*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801667236&dt\\_publicacao=04/06/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801667236&dt_publicacao=04/06/2019)>. Acesso em: 27 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 166.377*. Relator: Min. Og Fernandes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339306267&ext=.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 522*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=522&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 08 set. 2020.

CAROLLO, João Carlos. *Garantismo Penal: o direito de não produzir prova contra si mesmo e o princípio da proporcionalidade*. Curitiba: Juruá, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. In: *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HADADD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

KONCIKOSKI, Marcos Antonio. *Princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-proporcionalidade/>> Acesso em: 23 set. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARQUES, Andrea Neves Gonzaga. *Princípio da Proporcionalidade e seus Fundamentos*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 22 set. 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

## A DECISÃO DE ENQUADRAMENTO DOS CRIMES DE HOMOFOBIA E TRANSFOBIA NA LEI DE RACISMO E A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DO TIPO PENAL ESPECÍFICO DE HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL

Thais Ramalho Moreira

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (Ibmec RJ). Pós Graduada em Direito Público e Privado na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – o Estado brasileiro sofre da chamada síndrome de inefetividade das normas constitucionais, de maneira com que diversos mandamentos da Constituição Federal são considerados ineficazes em virtude da omissão do poder legislativo em efetivá-los. Este problema é externado e atinge a comunidade LGBTQI+ em virtude da falta de tipificação dos crimes de homotransfobia no ordenamento jurídico, motivo pelo qual levou o Supremo Tribunal Federal a prolar a decisão de adequação de tais crimes na Lei nº 7.716/89, conforme decisão da ADO nº 26. O presente estudo tem o objetivo de analisar esta deliberação, confrontando-a com opiniões divergentes que alegam que o Supremo mais uma vez, atuou como legislador positivo, afrontando o princípio da separação dos poderes.

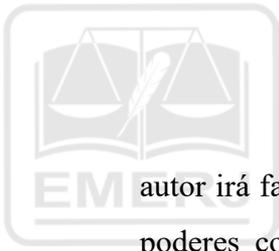
**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito Penal. Direito Processual Penal. Omissão legislativa. Ativismo Judicial. Judicialização. Tipificação. Crimes de homofobia e transfobia. Lei de racismo.

**Sumário** – Introdução. 1. Princípio constitucional de separação de poderes. Omissões legislativas podem ensejar ativismo judicial? 2. Análise da ADO nº 26 frente aos crimes de homofobia e transfobia. Constitucionalidade. Hermenêutica constitucional. 3. Reflexos da omissão legislativa e da decisão do STF. Reflexões sobre a necessidade de tipificar crimes de homofobia e transfobia no Brasil. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema a adequação dos crimes de homofobia e transfobia na Lei de Racismo nº 7.716/1989 e tem como objetivo questionar e discutir a decisão fruto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 29 de relatoria do ministro Celso de Melo e o Mandado de Injunção nº 4733 relatado pelo Ministro Edson Fachin. A decisão foi no sentido de que, em virtude da ausência de tipificação específica dos crimes de homofobia e transfobia na legislação brasileira, houvesse adequação deles na Lei nº 7.716/1989. Assim, utilizando-se o critério de interpretação conforme, a Suprema Corte deu tratamento equiparado aos crimes de homofobia e transfobia aos previstos na Lei nº 7.716/89.

Como forma de analisar a posição do Supremo, no primeiro capítulo do artigo o



autor irá fazer uma breve análise do federalismo brasileiro e do princípio da separação dos poderes como forma de embasar a discussão constitucional. Analisando brevemente as competências de cada poder brasileiro e questionando ao final se a omissão do Poder Legislativo *latu sensu* pode decidir desta forma ou se é prejudicial à democracia brasileira.

Em segundo plano, observará a decisão da ADI por omissão nº 29 de maneira específica. Analisando se houve constitucionalidade dela ou se ocorreu afronta aos princípios constitucionais e ao pacto federativo brasileiro. Neste capítulo o autor demonstrará que a decisão do STF deu uma interpretação extensiva à Lei nº 7.716/1989 em virtude da urgência de proteção aos homossexuais e heterossexuais, mas que esta decisão não impede o legislativo de tipificar o crime no ordenamento futuramente.

Já no terceiro capítulo será exposta a necessidade de criação do tipo homotransfobia como forma de retirar estes grupos do *status* de minoritários, colocando-os como legalmente protegidos. Explicando o dever que o ordenamento jurídico tem de protegê-los e reparar danos sociais históricos.

A pesquisa, por sua vez, irá se utilizar do método hipotético dedutivo, uma vez que o pesquisador construirá premissas de que a tipificação dos crimes de homofobia e transfobia é preciso. A partir destas, haverá necessidade de comprová-las ao longo do trabalho, com o objetivo de convencer e comprovar seu leitor sobre sua posição.

Para tanto, a abordagem será qualitativa, vez que irá se preocupar com o aprofundamento do assunto de ativismo judicial, a necessidade de proteção destes grupos mais vulneráveis e a decisão proferida pelo STF utilizando-se de bibliografia específica pertinente à temática para sustentação da tese defendida pelo autor.

## 1. ATIVISMO JUDICIAL: REMÉDIO OU VENENO À DEMOCRACIA BRASILEIRA?

O federalismo originado nos Estados Unidos da América em 1787 é a forma como um Estado pode se organizar, de modo com que a existência de um poder central não impeça que responsabilidades e competências possam ser repartidas pelos demais entes políticos.

O Brasil, em virtude deste modelo, é formado pela união indissolúvel entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Estes entes detêm autonomia própria, conforme disposto no artigo 1º da Constituição Federal<sup>1</sup>, enquanto a soberania pertence à República Federativa Brasileira.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

O poder soberano é uno. E em razão de sua importância, a Constituição trouxe consigo a separação orgânica das funções essenciais do Estado brasileiro, embasada na visão de Montesquieu: Função legislativa, executiva e judiciária.

O Legislativo tem como funções típicas a legislativa e a fiscalizatória. Já atipicamente exerce função administrativa e jurisdicional. O Poder Executivo tipicamente exerce função administrativa e atipicamente a legislativa e julgadora. Em contrapartida, o Judiciário tem como função precípua o exercício da jurisdição, mas exerce a legislativa e administrativa atipicamente<sup>2</sup>.

Estes poderes são órgãos da soberania nacional e sua divisão é considerada cláusula pétrea, conforme art. 60 §4º III CRFB<sup>3</sup>. Todavia, apesar de serem harmônicos e independentes entre si, conforme alude o art. 2º da CRFB<sup>4</sup>, não são ilimitados.

Em razão da possibilidade de haver excessos e usurpação de poderes entre o legislativo, executivo e judiciário foi criada a Teoria de Freios e Contrapesos (*Checks and Balances System*), consagrada pelos pensadores franceses *Charles-Louis de Secondat e Baron de La Brede et de Montesquieu* na obra “O espírito das leis”. Orina e Saracho<sup>5</sup> destacam que:

[...] o Sistema de Freios e Contrapesos consiste no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada poder teria autonomia para exercer sua função, mas seria controlado pelos outros (...) Isso serviria para evitar que houvesse abusos (...) por qualquer poder (Executivo, Legislativo e Judiciário). Desta forma, embora cada um seja independente e autônomo, deve trabalhar em harmonia com os demais [...]

Assim, Pereira e Da Silva<sup>6</sup>, asseguram que a Teoria da Separação nada mais é do que a concorrência dos poderes entre si, de maneira com que meçam esforços para que haja uma relação equilibrada entre eles. Em que a ponderação dos valores e de respeito às decisões do outro, ocorra. Entretanto, a cada dia que passa se tem percebido grande ameaça à teoria em razão do ativismo judicial. Segundo os autores<sup>7</sup>, “[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores

---

<sup>2</sup> MARINHO, Nádia. *Funções típicas e atípicas dos poderes*. Disponível em: <https://nnadia.marinho87.jusbrasil.com.br/artigos/395288452/funcoes-tipicas-e-atipicas-dos-tres-poderes>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

<sup>3</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Benites Antonio. *Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos* (Checks and Balances System). Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-orian-piske> >. Acesso em: 19 de mai. 2020.

<sup>6</sup> SOUZA apud PEREIRA, Gilânio de Souza; DA SILVA, Bruno Miola. *Ativismo judicial: Uma análise do contexto contemporâneo*. Disponível em: <<https://giranio.jusbrasil.com.br/artigos/184560146/ativismo-judicial-uma-analise-no-contexto-contemporaneo?ref=serp>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

<sup>7</sup> BARROSO apud ibid.



e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes [...]”.

Desta maneira, quando há ingerência do Judiciário no Legislativo ou no Executivo ocorre grande desarmonia do sistema constitucional. Afinal, como dispõem Pereira e Da Silva<sup>8</sup> “um poder perde a independência em detrimento de outro vez que o Judiciário toma para si matérias alheias à sua atividade jurisdicional, tornando-se um poder superior aos demais”.

Ainda nesta esteira, os autores<sup>9</sup> aludem, que uma das maiores causas de ativismo judicial ocorre em virtude da omissão legislativa e executiva no cumprimento de direitos fundamentais. Em função disso, a única solução seria a utilização do ativismo?

Diante do cenário de omissão, deve-se entender a diferença entre o fenômeno do ativismo judicial e da judicialização. A judicialização, para Pereira e Da Silva<sup>10</sup> “é a atribuição conferida ao judiciário para sua própria atuação no meio político e social”. Ou seja, tratam-se de atos que o judiciário pode praticar com embasamento constitucional. Inclusive, a judicialização é inerente ao sistema brasileiro, em virtude da escassez de políticas públicas para assegurar os direitos constitucionais.

Diferente do ativismo judicial que como bem dispõem Pereira e Da Silva<sup>11</sup> “é uma postura ativa, um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”

Nessa senda, diante da postura omissa, para que direitos e garantias constitucionais possam ser cumpridos, o Judiciário deverá lançar mão dos mecanismos constitucionalmente previstos para tomada de decisão. Como demonstrado por Pereira e Da Silva<sup>12</sup>:

[...] o Supremo Tribunal Federal dispõe de mecanismos previstos na Constituição Federal para tomada de suas decisões, como por exemplo, a ação declaratória de constitucionalidade; a ação direta de inconstitucionalidade; a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção, o que faz destacar o poder judiciário como tendo atribuições relevantes, além de agir “ativamente”[...]

Afinal, os membros deste poder não detém legitimidade firmada pela vontade popular para inovar na seara jurídica, pois não foram eleitos. Tendo que deixar a inovação e o ativismo imoderado a cargo dos poderes legitimamente eleitos: executivo e legislativo.

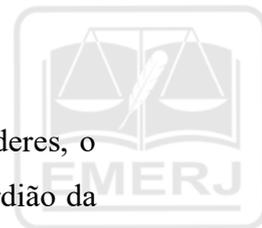
<sup>8</sup> PEREIRA; DA SILVA, op. cit.

<sup>9</sup> SITTA apud ibid.

<sup>10</sup> STRECK apud ibid.

<sup>11</sup> BARROSO apud ibid.

<sup>12</sup> Ibid.



Todavia, de forma excepcional, diante a reiterada inércia dos demais poderes, o judiciário poderá se valer do ativismo judicial. Pois, pertente à ele o título de guardião da Constituição Federal, devendo garantir todos os direitos nela previstos.

Por esta razão que a postura proativa somente deverá ser utilizada como *ultima ratio* e de forma moderada, sob pena de pôr em xeque a legitimidade da atuação do Judiciário conforme Pereira e Da Silva<sup>13</sup>:

[...] o ativismo judicial (...) tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes [...]

Diante disso, e por todos os aspectos suscitados, entende-se que o ativismo não tem o condão de suprir lacunas do legislativo e executivo. A prática reiterada desta postura pode ferir a cláusula pétra de separação dos poderes, a teoria de freios e contrapesos, bem como a democracia brasileira. Devendo ser utilizado de forma pontual na sociedade.

Afinal, como sinalizam Pereira e da Silva<sup>14</sup>, a legitimidade constitucional dos poderes, na ausência de uma postura comissiva do executivo ou legislativo, não enseja na atuação ativa do judiciário. Como se ele tivesse sempre uma solução acertada a todo tempo. Assim, concluem os atores<sup>15</sup> que “[...] o dito “ativismo judicial”, embora bem intencionado, merece toda cautela[...]”

## 2. AUSÊNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No dia 13 de julho de 2019, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26<sup>16</sup> de relatoria do Ministro Celso de Mello e o Mandado de Injunção nº 4733<sup>17</sup> relatado pelo Ministro Edson Fachin. O

---

<sup>13</sup> BARROSO apud ibid.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 4733*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.



plenário do órgão, por maioria, entendeu que houve omissão legislativa do Congresso Nacional em virtude da não edição de lei que incrimina atos de homofobia e transfobia no ordenamento brasileiro.

A ADO e o Mandado de Injunção tinham o objetivo de obter a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia motivadas pela discriminação à orientação sexual e/ou identidade de gênero das vítimas.

A votação restou favorável ao enquadramento destes crimes como tipo penal definido na Lei do Racismo, Lei nº 7.716/1989<sup>18</sup>. Todavia, os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, entenderam que seria necessário que houvesse aprovação de lei específica no Congresso Nacional para que tais condutas pudessem ser punidas.

Na decisão seguida por Toffoli, Lewandowski compreendeu que os direitos de homossexuais e transsexuais são reconhecidos no ordenamento nacional e internacional como essenciais à dignidade da pessoa humana. Mas que ainda há uma dívida histórica em termos de desigualdade de gênero no Brasil, motivo pelo qual este grupo demanda especial proteção do Estado. Por isso, a tipificação seria um avanço na legislação. Inclusive a atuação do legislador não é só importante, como obrigatória em razão do mandado de criminalização previsto no art. 5º XLI da CRFB<sup>19</sup>.

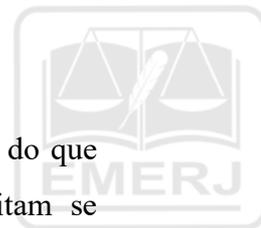
O dispositivo em questão que em princípio, não outorga direitos, mas determina ao legislador a criminalização de condutas para que haja efetiva proteção dos direitos constitucionalmente previstos, sob pena de acarretar proteção legislativa insuficiente, conforme destaca Gilmar Mendes<sup>20</sup> no *Habeas Corpus* nº 104.410/RS:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando (...) um postulado de proteção (*Schutzgebote*). (...) direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Überrasungsverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização (...) impõem ao legislador (...) o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei nº 7.716/89*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%BA%20Ser%3%A3o%20punidos%2C%20na%20forma,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20co](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%BA%20Ser%3%A3o%20punidos%2C%20na%20forma,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20co)>. Acesso em: 27 ago. 2020.

<sup>19</sup> BRASIL. op. cit., nota 1.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104410*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.



Lewandowski ainda afirma que a omissão legislativa é um fenômeno mais do que jurídico, é político. Pois os agentes políticos, em razão de serem eleitos, evitam se comprometer por decisões tão importantes e emblemáticas com receio de serem responsabilizados frente ao seu eleitorado. Como resultado, o Judiciário é sempre requisitado por grupos minoritários excluídos da esfera protetiva estatal.

Entretanto, para o ministro, o Judiciário não pode adotar uma posição concretista, adequando condutas de discriminação à orientação sexual e identidade de gênero na lei de racismo posto que em nenhum momento é contemplada a hipótese em lei. Para ele, isso ensejaria violação do princípio de reserva legal, pois, trata-se de matéria penal reservada absolutamente ao Poder Legislativo. Nesse sentido<sup>21</sup>:

[...] é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição(...) A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta.

Todavia, a decisão majoritária proferida pelo Supremo foi oposta às fundamentações dadas pelos ministros em questão. O ministro Alexandre de Moraes fundamentou seu voto fazendo interpretação conforme à Constituição em face dos mandados constitucionais de criminalização previstos no art. 5º XLI e XLII da CRFB<sup>22</sup>. Enquadrando a prática de homofobia e transfobia nos tipos penais previstos na lei de racismo até que sobrevenha legislação editada pelo Congresso Nacional.

Como justificativa entendeu que “as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo na dimensão racismo social”<sup>23</sup>. Logo, para o Tribunal Superior, o crime de racismo ocorre quando utilizam-se estigmas cujo objetivo é segregar pessoas, atentando contra princípios constitucionais e contras aqueles que a sociedade humana é fundada: responsabilidade, dignidade do ser humano e sua pacífica convivência em âmbito social.

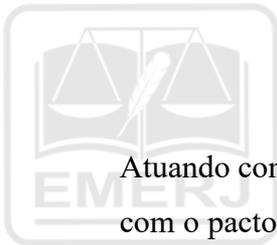
Mas esta decisão é fortemente criticada. Em palestra feita no Seminário Globalismo, a juíza Ludmila Lins Grilo<sup>24</sup> afirma que ocorreu ativismo judicial. Que em virtude disso o Judiciário usurpou competência do Legislativo, afrontando o princípio da reserva legal.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

<sup>22</sup> BRASIL. op. cit., nota 1.

<sup>23</sup> BRASIL. op. cit., nota 21. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

<sup>24</sup> YOUTUBE. *Seminário Globalismo*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Cca1ZZAHR80>>. Acesso em: 28 ago. 2020.



Atuando como um poder moderador dos demais poderes políticos, o que colide frontalmente com o pacto federativo brasileiro. Todavia, esta posição não é a mais acertada.

O sistema jurídico brasileiro sofre da chamada Síndrome de Inefetividade das Normas Constitucionais. De acordo com Daniel Carvalho<sup>25</sup> trata-se da “ausência de regulamentação adequada de normas de eficácia limitada, o que impede o efetivo exercício de direitos previstos na Constituição” cujo reparo é feito mediante ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. E é isso o que ocorre no caso em tela, conforme dispõe Alexandre de Moraes<sup>26</sup>:

A existência de poucas e esparsas políticas públicas (...) para combater as práticas homofóbicas e transfóbicas não afasta a omissão constitucional, em face da exigência de proteção legal satisfatória contra atentados discriminatórios aos direitos e liberdades fundamentais praticados em virtude de orientação sexual e identidade de gênero.

Assim, por mais que haja o mandado de criminalização do art. 5º XLI da CRFB, a omissão do Poder Legislativo, somado à abstratividade da norma e à falta de políticas públicas resulta na negação de direitos e da proteção estatal a homossexuais e transsexuais. O que em uma democracia é inadmissível. Não podendo estes grupos ficarem à margem da sociedade ou à espera do Poder Legislativo, que como bem pontuou Lewandowski em seu voto, legisla de forma mais política do que jurídica.

Desta maneira, as críticas tecidas à decisão do STF devem ser consideradas inconsistentes. No caso em questão, não se pode afirmar que o Supremo Tribunal afrontou o pacto federativo usurpando poderes do Legislativo. Vide que a decisão foi somente no sentido de declarar a omissão legislativa e dar concretude ao comando constitucional do art. 5º LXI, sem contudo, atuar como legislador ordinário, zelando pelo equilíbrio e harmonia entre poderes políticos.

Todavia, o Supremo, por ser guardião da Constituição, tem a responsabilidade de surpir, garantir e concretizar a máxima proteção dos direitos de homossexuais e transsexuais no ordenamento jurídico, conforme sustenta Alexandre de Moraes<sup>27</sup>:

[...] é missão constitucional do Congresso Nacional legislar, com absoluta independência; e é dever constitucional do Supremo Tribunal Federal garantir e

<sup>25</sup> CARVALHO, Daniel. *Síndrome da inefetividade das normas constitucionais: Como Combatê-la?*. Disponível em: <[https://www.cpiuris.com.br/blog/2019/07/11/sindrome-da-inefetividade-das-normas-constitucionais-como-combate-la\\_39/#:~:text=Por%20S%C3%ADndrome%20da%20Inefetividade%20das,de%20direitos%20previstos%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o](https://www.cpiuris.com.br/blog/2019/07/11/sindrome-da-inefetividade-das-normas-constitucionais-como-combate-la_39/#:~:text=Por%20S%C3%ADndrome%20da%20Inefetividade%20das,de%20direitos%20previstos%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em: 28 ago. 2020.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 23.

<sup>27</sup> MORAIS apud BACHOF, Otto *Jueces y constitución*. Madri: Civitas, 1987, p. 59.

concretizar a máxima efetividade das normas constitucionais, em especial dos direitos e garantias fundamentais [...]

Portanto, inexistente ativismo judicial ou afronta ao princípio da reserva legal. Isso por que Judiciário atuou mediante instrumentos constitucionalmente previstos: ação de direita de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, ocorrendo somente judicialização. Utilizando também o exercício hermenêutico de interpretação da Lei nº 7.716/89 conforme a constituição, prática permitida pelo ordenamento. Adequando os dispositivos legais dela para compatibilizar aos comandos constitucionais, conforme o voto<sup>28</sup>:

[...] a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade; mas estende a proibição a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária[...]

Desta forma, em virtude da urgência de proteção destes grupos, a decisão do STF em sede da ADO nº 26<sup>29</sup> é constitucional, tem efeitos *erga omnes*, *ex tunc* e vincula somente o poder executivo e judiciário em todo âmbito nacional. O que não isenta a necessidade da urgente atuação do legislativo para tipificação dos crimes de homofobia e transfobia no ordenamento jurídico.

### 3. A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DO CRIME DE HOMOTRANSFOBIA

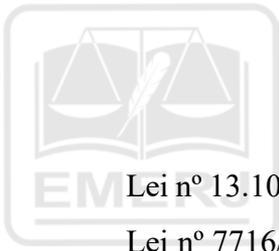
O Direito Penal brasileiro, para doutrina<sup>30</sup>, detém finalidade protetiva, cujo objetivo é defender bens juridicamente tutelados pelo ordenamento. Todavia, em virtude da especificidade de certas situações, por vezes o legislador precisa criar legislações e políticas diferenciadas para salvaguardar direitos de grupos vulneráveis. Afinal, como expõe o ministro Alexandre de Moraes “a regra da maioria só pode ser justificada se os homens são iguais”<sup>31</sup>.

E é sob esta ótica que o Congresso Nacional criou, por exemplo, a Lei de Femicídio

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 23.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 16.

<sup>30</sup> VIEIRA, Wanderson *As funções do Direito Penal e as finalidades da sanção criminal no Estado Social Democrático de Direito*. Disponível em: <[<sup>31</sup> BERNS apud BRASIL, op. cit., nota 23.](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-funcoes-do-direito-penal-e-as-finalidades-da-sancao-criminal-no-estado-social-democratico-de-direito/#:~:text=O%20Direito%20Penal%2C%20nesse%20contexto,do%20indiv%C3%ADduo%20e%20da%20sociedade.>Acesso em: 11 set. 2020.</a></p></div><div data-bbox=)



Lei nº 13.104/15<sup>32</sup>; o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90<sup>33</sup>; a Lei de Racismo, Lei nº 7716/89<sup>34</sup> entre outras legislações. Entretanto, após a tentativa frustrada de criminalizar a homofobia por meio do Projeto de Lei nº 5003/2001<sup>35</sup>, arquivado em 2010, até então o poder legislativo se manteve inerte frente à tipificação dos crimes de homofobia e transfobia.

No Brasil a violência contra este grupo impressiona. Em pesquisa feita por Andréa Martinelli<sup>36</sup>, constatou-se que desde 2008 o país é líder mundial de assassinato de pessoas trans, e segundo o disposto pelo ministro Ricardo Lewandowski<sup>37</sup> “[...] a cada 19 horas, um LGBT é brutalmente assassinado ou se suicida vítima da ‘LGBTfobia’. Matam-se mais homossexuais no Brasil do que nos 13 países onde vigora pena de morte contra os LGBTs [...]”.

Em virtude disso, a expectativa de vida desta população é baixa quando equipada à média nacional. Dispõe o Senado Federal<sup>38</sup> que um transsexual vive até os 35 anos de idade. Frente a isso, é inevitável concluir que a violência contra estas pessoas trata-se de crime de ódio, cuja raiz é o preconceito e a intolerância.

Andréa Martinelli<sup>39</sup>, em estudo feito afirma que 80% dos assassinatos apresentaram requintes de crueldade, segundo ela: “Dos casos registrados pelo dossiê, 43% foram cometidos com armas de fogo, 28% com arma branca e 15% por espancamento, asfixia e/ou estrangulamento”<sup>40</sup>.

E é em razão da forma com que os crimes são cometidos que atitudes homotransfóbicas não podem ser, de forma definitiva, enquadradas no ordenamento jurídico atual, sendo necessária a criação de um tipo penal específico para tais práticas.

Em paralelo traçado com criminalização específica da violência praticada contra a mulher na Lei nº 13.104/15 (Lei de Femicídio)<sup>41</sup>, Lewandowski destacou que <sup>42</sup> “homens morrem mais do que mulheres como vítimas de violência, mas mulheres morrem de um jeito

<sup>32</sup> BRASIL. *Lei de Femicídio*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>33</sup> BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>35</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 5003/2001*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>36</sup> MARTINELLI, Andréa. *Número de pessoas trans assassinadas no Brasil cai 24% em 2019, mas país é ainda o que mais mata*. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/entry/mortes-pessoas-trans-2019\\_br\\_5e309f6cc5b6e8375f6436a1](https://www.huffpostbrasil.com/entry/mortes-pessoas-trans-2019_br_5e309f6cc5b6e8375f6436a1)>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>37</sup> CASTRO apud BRASIL, op. cit., nota 21.

<sup>38</sup> BORTONI, Larissa. *Expectativa de vida de transsexuais é de 35 anos, metade da média nacional*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transsexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>39</sup> MARTINELLI, op.cit.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> BRASIL, op.cit., nota 32.

<sup>42</sup> DINIZ; GUMIERI apud BRASIL, op. cit., nota 21.



que só elas morrem”, deixando claro que a edição da Lei de Feminicídio foi uma vitória legislativa.

A tipificação do feminicídio para Luciana Maibashi Gebrim e Paulo César Corrêa Borges<sup>43</sup>, garantiu um enfoque mais integral ao problema em questão. Garantindo não somente a punição do delito, como também, a prevenção e a erradicação de qualquer tipo de violência contra a mulher.

E ainda tornou clara as circunstâncias e o contexto dos homicídios de mulheres em virtude do gênero no Brasil, de forma com que o país pudesse atuar no combate à esta prática delituosa de maneira mais eficaz. Entretanto, pensar somente do ponto de vista criminal não resolve o problema definitivamente. Para os autores<sup>44</sup>, é necessário que ele seja visto por uma dimensão maior:

[...] Há que se colocar ênfase em políticas públicas que obriguem o Estado a investir em campanhas de sensibilização, capacitação contínua, garantia do acesso à Justiça, desenvolvimento de planos, programas e estratégias setoriais e territoriais, promoção de modelos de prevenção abrangentes [...]

E são a partir destes argumentos que a ideia da tipificação do crime de homotransfobia é reforçada. Para Lewandowski,<sup>45</sup> a criação da lei modificaria o *status* de grupo minoritário, tornado-os legalmente protegidos. E ainda, adicionando as categorias de orientação sexual e identidade de gênero a crimes de ódio, a lei transmitiria a mensagem da inaceitabilidade da violência contra esses grupos, conduzindo à uma mudança cultural.

Inclusive, com a atuação do Congresso Nacional os reais números e motivações da prática de crimes homotransfóbicos seriam expostos. Reduzindo a subnotificação, um problema latente no Brasil, que dificulta o monitoramento destes delitos, conforme Martinelli<sup>46</sup> “[...] a subnotificação, ou não publicação de alguns casos, compromete os resultados e faz parecer que houve uma queda nos assassinatos, quando, na verdade houve um aumento da invisibilidade dessas mortes [...]”.

Andréa também destaca a “dificuldade de registro adequado das ocorrências contra LGBTs em órgãos de segurança pública”<sup>47</sup>, o que fortalece ainda mais o padrão global de violações de direitos humanos que atingem esta população. Ricardo Lewandowski em seu voto

<sup>43</sup> GEBRIM, Luciana; BORGES, Paulo César. Periódicos eletrônicos. *Violência de gênero: Tipificar ou não o femicídio/ feminicídio?* Brasília, DF, v. 51, n° 212, 2014. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril\\_v51\\_n202\\_p59.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p59.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> ADLER apud BRASIL, op. cit., nota 21.

<sup>46</sup> MARTINELLI, op.cit.

<sup>47</sup> Ibid.



na ADO nº 26<sup>48</sup> cita a chamada dívida que o sistema jurídico e político, e sobretudo criminal, têm com homossexuais e transsexuais.

O ministro revela que muitos julgados tratam travestis no gênero masculino, não no gênero feminino, ignorando seus nomes sociais, utilizando-se os nomes de registrais nas decisões. E ainda expõe a confusão que os Tribunais fazem frente à orientação sexual e identidade de gênero; e a criminalização dos travestis, que são vistos pelo sistema como marginais, com alta periculosidade, deslegitimando as palavras destes grupos, conforme destacado<sup>49</sup>, “Um exemplo seria a insistência em caracterizar como crime de roubo ou de lesões corporais condutas que, acaso se investigassem as versões das travestis, poderiam ser enquadradas em exercício arbitrário das próprias razões.”

Assim, é notável que LGBTs, principalmente travestis têm sua voz silenciada perante o sistema brasileiro. Tendo contra elas, depoimentos policiais, muitas vezes enraizados de preconceitos, que são levados em consideração para a condenação deste grupo. O que fortalece ainda mais a cultura de segregação, marginalização e preconceito contra esta minoria.

Diante disso, a tipificação do crime de homotransfobia é necessária, mas é preciso que o problema seja enxergado de forma mais profunda. Devendo o Estado elaborar políticas públicas que compreendam sua origem, seus atores envolvidos e a necessidade que homotranssexuais têm na sociedade, assim como ocorreu na lei de feminicídio<sup>50</sup>. Para que a longo prazo o problema possa ser solucionado.

Por isso, cabe ao Estado Brasileiro efetuar medidas de inclusão deste grupo na sociedade, fixando medidas protetivas adequadas. Realizando campanhas de educação, capacitação, inclusão e conscientização da dignidade da comunidade LGBTQIA+, promovendo também ações de integração deste grupo no mercado de trabalho para que deixem de ser marginalizados e possam ocupar uma posição digna na sociedade.

Inclusive, é indispensável que haja desenvolvimento de projetos no Judiciário brasileiro para que seus atores saibam como lidar com esta parcela minoritária da sociedade, buscando sempre a isonomia entre as pessoas, direito fundamental positivado no art. 5º *caput* e inciso I da Constituição Federal<sup>51</sup>.

Com o mesmo objetivo, é necessário que seja feita uma reestruturação da infraestrutura das delegacias de polícia para que homossexuais e transsexuais possam ter suas vozes ouvidas

---

<sup>48</sup> BRAGA; SERRA apud BRASIL, op.cit, nota 21.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> BRASIL, op.cit., nota 31.

<sup>51</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



sem serem alvos de discriminação ou preconceitos para que não sejam, mais uma vez, vítimas de uma sociedade preconceituosa.

## CONCLUSÃO

A pesquisa constatou como problema precípua o crescente número de crimes praticados contra a comunidade LGBTQI+ e a inexistência de norma tipificadora específica de criminalização no ordenamento jurídico brasileiro. Em 2010, houve a tentativa de criminalização, mas restou frustrada após o arquivamento do Projeto de Lei nº 5003/2001. Em virtude disso, o Superior Tribunal Federal foi questionado em sede de ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção. A decisão fruto da ADO nº 26 resultou na adequação dos crimes de homotransfobia na lei de racismo, Lei nº 7.716/89.

A decisão foi altamente criticada. De um lado, renomados juristas entenderam que o poder judiciário praticou ativismo judicial, atuando como legislador positivo, estendendo a interpretação da lei de racismo aos crimes praticados contra a comunidade LGBTQIA+. Afinal, em nenhum momento a orientação sexual e identidade de gênero foram contempladas em lei, ensejando desrespeito à separação de poderes e ao o princípio da reserva legal, pois a tipificação de delito é matéria reservada ao Poder Legislativo, não podendo o Judiciário atuar de maneira ativa frente à omissão.

Em contrapartida, há quem considere que a decisão do STF foi acertada e não houve ativismo judicial, somente judicialização mediante a interpretação constitucional da lei feita por meio de mecanismos constitucionalmente previstos: Ação Direta de Inconstitucionalidade e Mandado de Injunção. Afinal, a compreensão do Tribunal foi de que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero de racismo, podendo haver a devida adequação à Lei nº 7.716/1989.

Isso porque a que a população LGBTQI+ não pode ficar aguardando atuação positiva do Congresso Nacional que não tem interesse social em tipificar tais crimes, afinal, como destacou Lewandowski, legisla de maneira mais política do que jurídica, se esquivando do comprometimento com decisões sociais tão importantes. Logo, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, tem obrigatoriedade de garantir e concretizar a máxima proteção desta população.

Nesta senda, da mesma maneira que o Congresso Nacional já editou legislações emblemáticas com ânimo de defender grupos vulneráveis, deveria fazer a respeito da



comunidade LGBTQIA+. No tocante ao tema, a edição da Lei de Feminicídio foi um avanço para o ordenamento jurídico, pois garantiu um maior foco ao problema, bem como as melhores formas de prevenção e punição destes crimes, tornando claras as formas e contextos dos homicídios praticados em virtude de gênero no Brasil.

Com base nisso que a criação da lei tipificadora do crime de homotransfobia seria importante, pois modificaria o *status* de vulnerabilidade, para legalmente protegidos, transmitindo a ideia de inaceitabilidade de atos preconceituosos, podendo ser expostos à sociedade a forma como os delitos ocorrem e sua prevenção, reduzindo assim subnotificação de casos.

Desta maneira, fruto das decisões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal atuou de maneira correta, que não houve ativismo judicial, somente o exercício hermenêutico de interpretação da Lei nº 7.716/89, em virtude da atual ausência de proteção legal à população LGBTQIA+. O que não isenta, em nenhuma hipótese, a edição de posterior legislação pelo Congresso Nacional. Todavia, enquanto a legislação não for editada, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO nº 26 tem efeito *ex tunc, erga omnes* e vinculante.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Benites Antonio. *Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos* (Checks and Balances System). Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei de Feminicídio*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.716/89*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JAN%20EIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,eu%20sancion%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%BA%20Ser%3%A3o%20punidos%2C%20na%20forma,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JAN%20EIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,eu%20sancion%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%BA%20Ser%3%A3o%20punidos%2C%20na%20forma,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor.)>. Acesso em: 27 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 5003/2001*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>>. Acesso em: 11 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível



em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 104410*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n° 4733*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

BORTONI, Larissa. *Expectativa de vida de transsexuais é de 35 anos, metade da média nacional*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transsexuais-e-de-35-anos-metade-da-medianacional>>. Acesso em: 11 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2020.

CARVALHO, Daniel. *Síndrome da inefetividade das normas constitucionais: como combatê-la?*. Disponível em: <[https://www.cpiuris.com.br/blog/2019/07/11/sindrome-da-inefetividade-das-normasconstitucionais-como-combate-la\\_39/#:~:text=Por%20S%C3%ADndrome%20da%20Inefetividade%20das,de%20direitos%20previstos%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o](https://www.cpiuris.com.br/blog/2019/07/11/sindrome-da-inefetividade-das-normasconstitucionais-como-combate-la_39/#:~:text=Por%20S%C3%ADndrome%20da%20Inefetividade%20das,de%20direitos%20previstos%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em: 28 ago. 2020.

GEBRIM, Luciana; BORGES, Paulo César. Periódicos eletrônicos. *Violência de gênero: tipificar ou não o femicídio/ feminicídio?* Brasília, DF, v. 51, n° 212, 2014. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril\\_v51\\_n202\\_p59.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p59.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2020.

MARINHO, Nádia. *Funções típicas e atípicas dos poderes*. Disponível em: <<https://nnadiamarinho87.jusbrasil.com.br/artigos/395288452/funcoes-tipicas-e-atipicas-dos-tres-poderes>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

MARTINELLI, Andréa. *Número de pessoas trans assassinadas no Brasil cai 24% em 2019, mas país é ainda o que mais mata*. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/entry/mortes-pessoas-trans-2019\\_br\\_5e309f6cc5b6e8375f6436a1](https://www.huffpostbrasil.com/entry/mortes-pessoas-trans-2019_br_5e309f6cc5b6e8375f6436a1)>. Acesso em: 11 set. 2020.

PEREIRA, Gilânio de Souza; DA SILVA, Bruno Miola. *Ativismo judicial: uma análise do contexto contemporâneo*. Disponível em: <<https://giranio.jusbrasil.com.br/artigos/184560146/ativismo-judicial-uma-analise-no-contexto-contemporaneo?ref=serp>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

YOUTUBE. Seminário Globalismo. *O ativismo judicial a serviço do globalismo*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Cca1ZZAHR80>>. Acesso em: 11 set. 2020.

VIEIRA, Wanderson *As funções do Direito Penal e as finalidades da sanção criminal no Estado Social Democrático de Direito*. Disponível em: <<https://>



[ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-funcoes-do-direito-penal-e-as-finalidades-da-sancao-criminal-no-estado-social-democratico-de-direito/#:~:text=O%20Direito%20Penal%2C%20nesse%20contexto,do%20indiv%C3%ADduo%20e%20da%20sociedade.>](http://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-funcoes-do-direito-penal-e-as-finalidades-da-sancao-criminal-no-estado-social-democratico-de-direito/#:~:text=O%20Direito%20Penal%2C%20nesse%20contexto,do%20indiv%C3%ADduo%20e%20da%20sociedade.>)  
Acesso em: 11 set. 2020.

## AS SANÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL COMO DESESTÍMULO À PRÁTICA DE NOVOS ATOS ÍMPROBOS

Thalles Passos de Oliveira

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Assessor jurídico no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – o regime jurídico dos atos de improbidade administrativa sofreu forte impacto com o advento da Lei Anticrime e a ausência de regulamentação dificulta a fixação dos limites para a celebração do acordo de não persecução cível. A essência do trabalho é abordar, sob a luz das normas constitucionais e da intenção do legislador ao editar a Lei nº 8.429/92, a viabilidade da aplicação das medidas repressivas na hipótese de descumprimento do pactuado.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Improbidade administrativa. Acordo de não persecução cível.

**Sumário** – Introdução. 1. Controvérsias quanto aos requisitos necessários para a celebração do acordo de não persecução cível. 2. A imposição de medidas conforme a gravidade do ato. 3. Descumprimento do acordo e aplicação do direito sancionador. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de previsão no acordo de não persecução cível da aplicação das sanções presentes na lei de improbidade administrativa. Procura-se demonstrar que a imposição adequada das sanções é essencial ao desestímulo ao infrator no cometimento de novos atos ímprobos, sendo necessário estabelecer os limites do acordo diante do silêncio da Lei nº 13.964/2019.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema para delinear os aspectos centrais do acordo, especialmente no que tange à legitimidade e ao conteúdo da avença.

A Lei nº 13.964/19, denominada Pacote Anticrime, apresentou novas diretrizes na legislação penal e processual penal e trouxe fortes alterações nas ações cíveis de improbidade administrativa que passam a admitir a celebração de acordo de não persecução cível. No entanto, diante da ausência de regulamentação, questiona-se a possibilidade de traçar um paralelo com o acordo de não persecução penal para fins de aplicação das sanções ao agente infrator diante da padronização das terminologias.



No plano normativo, estabeleceu-se um instituto de consensualidade e cooperação que admite a conciliação antes ou depois da propositura da ação de improbidade administrativa. A doutrina diverge quanto aos requisitos e limites do acordo, o que interessa à coletividade que foi atingida pelos atos lesivos ao erário.

Para melhor compreensão do tema, busca-se atender a coerência do microssistema de tutela coletiva para que as penalidades sejam impostas em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Busca-se, ainda, discutir que a regulamentação do acordo, anteriormente prevista pela Lei Anticrime no artigo 17-A da Lei nº 8.429/1992 (LIA), foi integralmente vetada pelo Presidente da República, cujas razões merecem uma análise crítica.

O primeiro capítulo do trabalho analisa os requisitos da celebração do acordo de não persecução cível que, por ser integrante da ideia de autocomposição, sua celebração torna desnecessária a propositura ou a continuidade da ação eventualmente proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada.

Em seguida, a análise perpassa pela aplicação imediata ou não das sanções da lei de improbidade quando, ocorrida a prática do ato lesivo, o agente confessa a conduta ímproba. Busca-se defender que diante da definição da improbidade como o rompimento no dever de probidade administrativa, as medidas sancionatórias aplicadas no contexto do acordo devem guardar total consonância com a intenção do legislador ao editar a Lei nº 8.429/1992.

O terceiro capítulo aborda o ajuizamento da ação de improbidade administrativa ou a sua continuidade na hipótese de descumprimento do acordo por parte do agente público. Caso contrário, estar-se-ia criando, pela via legislativa, um benefício ao agente que atuou em desconformidade com o múnus que lhe foi conferido, perpetuando o prejuízo causado ao erário em desfavor dos administrados.

Quanto à metodologia empregada, utiliza-se o método dedutivo, partindo da compreensão da lei e da formulação geral do problema para os casos em que se verificam o seu descumprimento. Para tanto, a abordagem do objeto deste estudo é qualitativa e está baseada em uma pesquisa bibliográfica que analisa a legislação e a doutrina pátrias.

## 1. CONTROVÉRSIAS QUANTO AOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Quando da criação do instituto do acordo de não persecução cível, o legislador buscou estabelecer um paralelo com o acordo celebrado entre o Ministério Público e o investigado na seara criminal trazendo a possibilidade de essas distintas instâncias solucionarem os seus conflitos por meio da aplicação antecipada de determinadas condições mediante o preenchimento de alguns pressupostos<sup>1</sup>.

Diferente do que ocorreu na legislação processual penal, a Lei nº 13.964/2019<sup>2</sup> não trouxe os parâmetros procedimentais e materiais necessários à concretização do acordo de não persecução cível, já que o Chefe do Executivo, por meio da Mensagem nº 726/2019, vetou os dispositivos da lei que traçava os limites da transação<sup>3</sup> e disciplinava de forma mais detalhada a formalização do acordo.

O texto trazia em sua redação que o Ministério Público poderia celebrar o acordo de não persecução cível em conformidade com as circunstâncias do caso concreto. As razões de veto<sup>4</sup> tiveram como fundamento principal a necessidade de manutenção da coerência e sistemática com a legitimidade prevista no art. 17 da Lei de Improbidade<sup>5</sup>, o qual dispõe que essas demandas podem ser ajuizadas não só pelo Ministério Público, como também pela pessoa jurídica de Direito Público interno.

Todavia, o art. 17-A não buscou restringir os legitimados trazidos originariamente pela lei, mas tão somente quis fazer constar que naqueles casos em que o acordo seja proposto pelo Ministério Público deveriam ser observados determinados

<sup>1</sup> ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civil/>> Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 7 mai. 2020.

<sup>3</sup> BRASIL. *Mensagem nº 726*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm)> Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>4</sup> Foram apresentadas as seguintes razões: “A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação.” BRASIL. *Mensagem nº 726*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm)> Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>5</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm)>. Acesso em: 14 set. 2020.



parâmetros, os quais inclusive já vinham sendo utilizados pelo órgão ministerial com previsão na Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público<sup>6</sup>.

Dessa forma, silente a lei, todos os legitimados à propositura da ação de improbidade administrativa estão autorizados a buscar uma solução negociada de modo que tanto o Ministério Público quanto as pessoas jurídicas interessadas também podem celebrar o acordo de não persecução cível. De todo modo, caso o Ministério Público não seja o autor da ação, será ouvido antes da homologação do pactuado, na condição de fiscal da ordem jurídica, consoante expressa previsão do art. 17, § 4º, da LIA<sup>7</sup>.

Diante da omissão do legislador perante várias questões relevantes, a doutrina e a jurisprudência se utilizarão dos parâmetros do microsistema atinentes à tutela coletiva para traçar os requisitos mais adequados à formalização do acordo de não persecução cível. O texto vetado também acabará sendo utilizado como norte, tendo em vista que de uma perspectiva mais crítica, o veto presidencial se operou de forma equivocada.

Para estabelecer os requisitos necessários à celebração do acordo, deve-se buscar como parâmetro os instrumentos utilizados pelo legislador no microsistema de tutela coletiva<sup>8</sup>, já que suas normas, unidas pelos princípios e lógica jurídica comum se interpenetram e subsidiam. Assim, aqueles instrumentos que de qualquer forma contenham um *pactum de non petendo*<sup>9</sup>, uma promessa de não processar similar ao acordo aqui tratado, a exemplo do que ocorre no acordo de leniência trazido pela Lei

<sup>6</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O consenso em matéria de improbidade administrativa: limites e controvérsias e torno do acordo de não persecução cível* introduzido na Lei nº 13.964/2019. Disponível em: <<https://ierbb.mprj.mp.br/course/info.php?id=51>> Acesso em: 13 ago. 2020.

<sup>7</sup> ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões*. GEN Jurídico, 5 de março de 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>> Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>8</sup> “A ação popular e o microsistema da tutela coletiva.”. In: Luiz Manoel Gomes Júnior; Ronaldo Fenelon Santos Filho (Coords.) – *Ação Popular – Aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006. Para Rodrigo Mazzei, a concepção do microsistema jurídico coletivo deve ser ampla, a fim de que não seja ele composto somente pelo Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública, mas sim de todos os instrumentos legislativos inerentes ao direito coletivo de modo que se um diploma compõe o microsistema é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois, unidas formam um sistema especialíssimo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que a lei de improbidade administrativa integra esse microsistema de tutela dos interesses transindividuais”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 510.150/MA*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200300078957&dt\\_publicacao=29/03/2004](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300078957&dt_publicacao=29/03/2004)>. Acesso em: 29 ago. 2020.

<sup>9</sup> SILVA, A. P. M. C. *Pactum de non petendo: Exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material*. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.) *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 30.

anticorrupção em seu art. 16 e o Termo de Ajustamento de Conduta previsto na Resolução 179 do CNMP<sup>10</sup> §§3º, 4º, 5º e 7º, poderão ser utilizados como orientadores à formalização do acordo na seara cível.

Em primeiro lugar, não será cabível o acordo de não persecução cível nas hipóteses de arquivamento, isto é, casos em que o fato não tenha ocorrido, o agente não tenha praticado o fato, o dano já tenha sido ressarcido ou já tenha sido a infração abarcada pela prescrição. A aplicação desse requisito para a celebração do acordo de não persecução cível é corroborada pelo fato de que também na esfera penal só será possível a proposta por parte do Ministério Público quando não for caso de arquivamento. Havendo uma premissa material entre ambos que objetiva o não exercício de uma pretensão judicial, autoriza-se a aplicação desse requisito na esfera cível.

Em segundo lugar, é necessária, ainda, a confissão da prática do ato de improbidade administrativa por parte do agente. Muito embora não esteja expressamente previsto na lei, esse requisito merece ser considerado como condição para o oferecimento da proposta, pois ele também é exigido na proposta do acordo na esfera penal e as regras do microsistema da tutela coletiva de combate à corrupção também se orientam nesse sentido e podem ser utilizadas para suprir as omissões do legislador.

Nesse caso, o art. 28-A do Código de Processo Penal<sup>11</sup> exige a confissão do investigado bem como o artigo 16, § 1º, III, da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)<sup>12</sup> exige que a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo. Nesse sentido também são os arts. 3º, 4º, 5º e 7º da Resolução 179 do CNMP. Conforme entendimento da jurisprudência<sup>13</sup> não há direito subjetivo por parte do investigado à

---

<sup>10</sup> CNMP. *Resolução nº 179*, de 26 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>> Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>11</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)> Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm)> Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>13</sup> O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que não há direito subjetivo do investigado para a celebração do acordo. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.252.869/DF*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em:



celebração do acordo, tendo em vista que ao Ministério Público é conferida discricionariedade motivada quanto ao oferecimento ou não da proposta de acordo, cabendo ao promotor de justiça expor as razões pelas quais deixou de beneficiar o investigado, assim como ocorre nos casos de celebração do Termo de Ajustamento de Conduta. Do mesmo modo, por se tratar de instrumento bilateral, o Ministério Público não pode obrigar qualquer pessoa a assinar o acordo o qual depende da convergência de vontade entre as partes.

Por fim, sem prejuízo de outras condições que venham a ser estabelecidas pelo membro do Ministério Público e outras sanções necessárias e suficientes para reprovação e prevenção de outros atos ímprobos, o que será mais bem discutido no último capítulo deste trabalho, somente poderá ser celebrado o acordo de não persecução cível quando houver o integral ressarcimento do dano, a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida e o pagamento de multa em decorrência do dano causado ou da vantagem auferida.

A presença desses requisitos mostra-se inegociável, pois o acordo de não persecução cível, como convenção, negócio jurídico processual ou pré-processual não poderá interferir no direito material subjacente em decorrência da sua indisponibilidade. O direito material tutelado na ação de improbidade administrativa é um direito difuso nos termos no art. 81, parágrafo único, I do CDC de modo que o direito à proteção ao patrimônio público e da moralidade pública tem como titular a coletividade, sendo, portanto, sua natureza transindividual e indiscutivelmente indivisível<sup>14</sup>.

Ademais, com base nos ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho<sup>15</sup>, essas medidas são punitivas aos autores de atos de improbidade e não se tratam de meras providências da administração, mas sim de consequências obrigatoriamente aplicáveis por força de atos ilícitos que exigem a correlação entre a natureza da conduta de improbidade e a penalidade a ser imposta. Todavia, inexistente óbice para que a transação recaia somente no que se refere às condições de modo, tempo e lugar de

---

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1252869&b=ACOR&p=false&l=10&i=6&operador=mesmo&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1252869&b=ACOR&p=false&l=10&i=6&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO)>. Acesso em: 29 ago. 2020.

<sup>14</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 136.

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1130.

cumprimento do acordado ou, ainda, de eventual discussão quanto ao patamar de fixação da multa.

Logo, o que será abordado nos próximos capítulos decorre do fato de que o que ocorre na esfera do acordo de não persecução cível é tão somente o não exercício da pretensão judicial ou a interrupção da continuidade da ação judicial já iniciada mediante a aplicação de sanções de acordo com a magnitude do ilícito cometido.

## 2. A IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS EM CONFORMIDADE COM A GRAVIDADE DO ATO

Presentes os requisitos para a celebração do acordo de não persecução cível, necessário se faz abordar a concepção de improbidade relacionada ao uso ou omissão do poder que a lei outorgou ao agente público. O que se sustenta nesse item é a necessária correspondência entre as medidas impostas ao agente ímprobo no bojo do acordo diante da gravidade dos ilícitos que pratica quando deixa de observar o dever jurídico de atender ao interesse público ao descumprir os deveres impostos pela lei.

Muitas vezes a conduta do agente público representa uma violência jurídica que afronta normas de diversos patamares hierárquicos, especialmente quando se considera a ocorrência de lesão aos direitos mais significativos dos administrados como a liberdade e a dignidade.

Quando se pensa no dever de agir dentro dos preceitos legais, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>16</sup> ensina que a mais grave forma de violação da legalidade é aquela que fere um princípio jurídico, na medida em que aparece como uma insurgência contra todo o sistema e uma subversão de seus valores fundamentais capaz de corroer a estrutura mestra do sistema. Nesse sentido, a gestão pública exercida que não cumpre a prestação de um serviço público de natureza essencial, por exemplo, provoca fortes impactos na sociedade, violando diretamente direitos fundamentais.

A possibilidade de acordo em matéria de improbidade exige bom senso acerca da real intenção do agente quando da prática da conduta ímproba. A severidade das sanções previstas na Constituição demonstra que o objetivo do legislador foi o de punir

---

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 102.



infrações que tenham o mínimo de gravidade por apresentarem consequências danosas para os cidadãos.

O artigo 37, § 4º da Constituição<sup>17</sup> preceitua que os atos de improbidade “[...] importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, à indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e graduação previstas na lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Trata-se de sanções necessárias à tutela jurídica almejada em que a expressão objeto de análise indica as sanções básicas a serem aplicadas ao ímprobo, acrescentando que tal se daria na forma e graduação da lei.

Cabe à lei associar os atos de improbidade às sanções correspondentes, estabelecendo, ainda, um escalonamento entre eles, consoante sua gravidade, daí decorrendo a cominação de sanções mais severas e mais brandas. Quando da celebração do pacto, deve haver observância ao princípio da razoabilidade sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins<sup>18</sup>. Se o objeto da composição consensual no acordo de não persecução cível é a concretização da probidade administrativa, como instrumento de autocomposição, deve ele constituir método não apenas de punição do agente ímprobo com o ressarcimento ao erário, mas também um mecanismo preventivo quanto à futura atuação do agente.

Na seara da improbidade administrativa, é inadmissível pensar na imposição de medidas brandas por parte do Ministério Público que evitem que o gestor público responda como qualquer outra pessoa titular de direitos e obrigações por suas ações e omissões.

Deve ser considerado o princípio da adequação punitiva segundo o qual a sanção só comporta aplicabilidade se houve adequação com a natureza do autor do fato. Nada impede, por exemplo, que para que o Ministério Público venha se eximir da propositura da ação, o acordo possa prever o ressarcimento do dano e a perda de bens na hipótese de dano ou incorporação de bens públicos ao patrimônio privado<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Nos termos do § 4º do artigo 37 da CRFB: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm)>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>18</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 44.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 35.



É claro que a aplicação de todas as sanções de forma cumulativa ofende o princípio da proporcionalidade punitiva, já que é muito variada a relação de ilícitos de improbidade e, por conta disso, é que o legislador admitiu que as sanções do art. 11 sejam aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade dos fatos.

Pode o membro do Ministério Público considerar a personalidade do agente, sua vida pregressa na Administração Pública, seu grau de participação no ato, os reflexos de seu ato e a efetiva ofensa ao interesse público<sup>20</sup>. Todos esses elementos devem ser analisados, já que o art. 12, *caput*, da lei de improbidade passou a prever expressamente que as sanções podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente de acordo com a gravidade do fato<sup>21</sup>.

O que ora se sustenta é a imposição de medidas com seriedade pelo *Parquet* diante da autorização legal para a celebração de acordos em matéria de improbidade por meio da leitura sistemática da lei. Caso contrário, produzir-se-á um efeito contrário pretendido pela lei, estimulando a prática de outros atos ímprobos.

De acordo com a Resolução CNMP nº 179/2018<sup>22</sup>, o termo de ajustamento de conduta é instrumento de garantia cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração. O acordo de não persecução cível também deve servir como meio eficaz para garantir interesses difusos e coletivos quando, ocorrido o ato lesivo e este é admitido pelo agente, trona-se possível a aplicação imediata das sanções de acordo com a intenção do legislador ao editar a Lei nº 8.429/1992. Caso contrário, poderia o agente se utilizar do acordo como uma estratégia para retardar a sua responsabilização.

---

<sup>20</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 506.

<sup>21</sup> De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não é indispensável a aplicação de todas as penas previstas no art. 12 da LIA, dependendo a fixação das penas do caso concreto. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.416.406/CE*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271416406%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271416406%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271416406%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271416406%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 14 set. 2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 980.706/RS*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27980706%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27980706%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27980706%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27980706%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>22</sup> CNMP, op. cit., nota 8.



Conforme ressalta Landolfo Andrade<sup>23</sup>, a celebração de acordo em matéria de improbidade deve alcançar uma efetiva tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, o que nos autoriza a concluir que o consenso deve se dar tanto para fins ressarcitórios quanto para fins punitivos. Para o autor, o acordo de não persecução cível poderá prever a aplicação imediata de quaisquer das sanções previstas no artigo 12 da LIA<sup>24</sup>, inclusive a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos se o agente concordar com a aplicação, o que afastaria a incidência do art. 20 que prevê que tais sanções só podem produzir efeitos depois do trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

É importante destacar que como o ressarcimento integral do dano e o perdimento de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio são espécies de reparação do patrimônio público, essas medidas devem obrigatoriamente constar no acordo e, quanto às demais sanções, poderão ser aplicadas a partir de uma análise de razoabilidade e proporcionalidade<sup>25</sup>. Assim sendo, em se tratando de um acordo, inexistente óbice na previsão de outras medidas que visem à tutela da probidade administrativa de modo que poderão ser pactuadas, além das sanções previstas no art. 12 da LIA<sup>26</sup>, obrigações de fazer ou não fazer que se revelem pertinentes ao caso e não sejam defesas em lei.

### 3. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO E APLICAÇÃO DO DIREITO SANCIONADOR

O ordenamento jurídico traz diversos mecanismos de controle que visam evitar ou reprimir a prática dos atos de improbidade administrativa podendo ser destacados o controle preventivo e repressivo<sup>27</sup>. Dentre os principais instrumentos jurídicos que previnem a prática da improbidade estão os conjuntos de regras disciplinares, normas de conduta, impedimentos para o exercício de determinadas funções bem como a atuação

---

<sup>23</sup> ANDRADE, op. cit., nota 1.

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>25</sup> SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 167.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>27</sup> NEVES, Daniel Amorim Assunção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 25-27.

de órgãos como o Ministério Público e o Tribunal de contas na preservação da probidade administrativa.

Conforme mencionado, o regime jurídico repressivo dos atos de improbidade administrativa sofreu forte impacto com a Lei nº 13.964/19<sup>28</sup> diante da possibilidade de solução consensual das demandas por meio da celebração do acordo de não persecução cível. Essa alteração é resultado de um caminhar para uma nova concepção de jurisdição, concebida não como um monopólio do Estado, mas como uma das diversas formas de solucionar as disputas na sociedade<sup>29</sup>.

Na seara da improbidade administrativa, o acordo é reflexo de um novo conceito de jurisdição, com desapego à tradicional visão de que só o Poder Judiciário pode tutelar direitos<sup>30</sup>. Ocorre que nem sempre a solução da questão é possível no âmbito extrajudicial. Há casos em que mesmo preenchidos os requisitos para a celebração do acordo permanece a reiterada conduta do agente público contrária aos princípios constitucionais esculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal<sup>31</sup>.

Como bem ressalta Landolfo Andrade<sup>32</sup>, a confissão do agente ímprobo colhida num acordo de não persecução cível autoriza a imposição imediata de todas as sanções previstas no artigo 12 da LIA<sup>33</sup>, tanto na fase extrajudicial, quanto na fase judicial. De fato, não haveria razão para a não imposição das sanções, pois quando ocorre o descumprimento do acordo já está mais que evidente a conduta desleal do agente uma vez que mesmo convencendo as sanções permanece violando o que preceitua a lei<sup>34</sup>.

Nesse passo, na hipótese de ação de improbidade ainda não ajuizada, o descumprimento da avença e a necessidade de proteção do patrimônio público recomendarão ao Ministério Público a inevitável deflagração da ação de improbidade administrativa. No caso, incumbe ao Poder Judiciário dar a palavra final de modo que o

---

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>29</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da Tutela Jurisdicional Recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 779-792.

<sup>30</sup> RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da Execução civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24.

<sup>31</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>32</sup> ANDRADE, op. cit., nota 1.

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>34</sup> O autor sustenta que o acordo deve contemplar as sanções previstas na lei de improbidade sob pena de se desvirtuar a função e o papel do diploma legal.



controle judicial da ação administrativa seja capaz de proporcionar a satisfação do direito violado pela ineficiência, imoralidade ou omissão do poder público.

É direito fundamental do cidadão o acesso eficaz aos mecanismos judiciários como prevê a Constituição brasileira<sup>35</sup>, afinal, a lei é o símbolo que traduz valores eleitos pela sociedade, cabendo ao administrador executá-la de acordo com os valores expressos na Carta Maior, pois enquanto servidor, o agente público deveria ter um comportamento de fidelidade com respeito integral às leis e instituições constitucionais<sup>36</sup>.

De todo modo, pode o Ministério Público ajuizar a ação de improbidade ou dar continuidade a esta, requerendo a imediata aplicação das sanções quando houver o descumprimento das medidas impostas ao agente público. Isso porque não se pode permitir que o investigado se utilize do acordo como uma forma de retardar a solução do litígio, trazendo grandes prejuízos ao processo e tornando-o ainda mais demorado, especialmente quando se considera que o cidadão clama por uma resposta do Estado.

Nos casos em que o acordo de não persecução cível é celebrado em juízo não se mostra recomendável que a ação judicial seja de imediato julgada extinta tão somente em razão da celebração do acordo. Nessa hipótese, é necessário requerer ao juiz a suspensão do processo pelo prazo necessário até que haja o cumprimento integral das condições<sup>37</sup> em consonância com o que prevê o Código de Processo Civil no art. 313, inciso II<sup>38</sup>.

A propósito, essa possibilidade de suspensão da ação em curso é corroborada pela leitura com do §10-A do art. 17 da LIA<sup>39</sup>, que preceitua que havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

---

<sup>35</sup> O texto do art. 5º, XXXV da Constituição Federal prevê: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>36</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 395.

<sup>37</sup> PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do Prado. *Reflexões sobre o acordo de não persecução cível*. Disponível em: <<http://www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>38</sup> BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 7 mai. 2020.

<sup>39</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.



Sob a luz do microsistema de tutela coletiva deve ser aqui aplicada a regra prevista na Lei Anticorrupção quando ocorre o descumprimento do acordo de leniência<sup>40</sup>. O descumprimento pelo investigado do acordo ocasionará a propositura da ação de improbidade ou a sua continuidade com requerimento de aplicação imediata das sanções sendo aplicado, ainda, o impedimento para a celebração de novos acordos.

Entretanto, diante da falta de embasamento legal, ressalta Humberto Dalla<sup>41</sup> que a pré-existência de outro acordo, seja de não persecução cível, não persecução criminal, transação penal ou suspensão condicional do processo, a menos de cinco anos, não deve impedir a celebração do acordo. Todavia, a concepção que se coaduna com ordenamento jurídico brasileiro é a de que não haveria sentido pensar que a Constituição admita a celebração de inúmeros acordos na seara da improbidade dando abertura para a prática impune de más administrações nascidas da incompetência grosseira de seus agentes<sup>42</sup>.

Caso não fosse aplicado o impedimento para novos acordos, estar-se-ia criando uma premiação ao agente público, o que não é o propósito da lei de improbidade que trouxe um regime legal que se orienta pela efetiva repressão aos atos que atentem contra a probidade administrativa<sup>43</sup>. A interpretação da lei de improbidade deve ser realizada conforme a Constituição Federal, a qual estabelece uma busca incansável e insubstituível pela implementação de direitos fundamentais com observância aos princípios constitucionais que não podem ser quebrados<sup>44</sup>.

Em suma, a negociação permite que se atinja o interesse público, pois uma vez celebrado servirá como desestímulo à prática de novos ilícitos já que viabiliza a aplicação imediata das sanções previstas em lei. Dessa forma, o acordo visa a resguardar de forma mais célere a probidade administrativa, o que talvez não seja possível se fosse preciso aguardar a conclusão da ação civil de improbidade.

---

<sup>40</sup> Assim prevê o art. 16 §8º da Lei nº 12.846/13: “Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.” BRASIL. *Lei nº 12.846/13*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm)>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>41</sup> PINHO, op. cit., nota 6.

<sup>42</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 428.

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1116964/PI*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 14 set. 2020.

<sup>44</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 408-409.

Essa pesquisa constatou que a possibilidade da imediata aplicação das sanções da Lei de Improbidade quando descumprido o acordo de não persecução cível traz consequências positivas à concretização do interesse público. Por meio dele, materializa-se a obrigação do agente que agiu em desconformidade com a lei em promover o ressarcimento integral do dano, dentre outras sanções que corresponderão à repressão adequada da conduta ilícita.

O combate à improbidade é uma das formas de conferir efetividade ao Estado Democrático de Direito. Para isso é necessário reforçar os instrumentos legais que permitam o controle da Administração Pública, a qual deveria exercer sua função institucional não apenas respeitando o Direito, a legalidade, mas também os padrões morais em suas atividades, de modo a proporcionar aos administrados prestações justas, em obediência ao conjunto de princípios que orientam a atividade.

A Lei de Improbidade Administrativa trouxe esse ideal e, com o advento da Lei Anticrime, a norma que antes proibia qualquer espécie de acordo na seara da improbidade foi alterada e passou a prever a possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a ausência de regulamentação por parte do legislador para a celebração do acordo de não persecução cível impõe a necessidade de firmá-lo sob a luz dos ditames constitucionais e de todos os instrumentos legislativos inerentes ao direito coletivo.

Verificou-se que o acordo é celebrado mediante o preenchimento dos seus requisitos, ainda controversos na doutrina e na jurisprudência, e a aceitação, por parte do agente, de sanções que possibilitem a solução consensual do conflito. Desse modo, a prática do ato de improbidade é admitida pelo agente sendo possível a aplicação imediata das sanções necessárias à repressão do ato na hipótese de descumprimento do pactuado pelo agente.

O entendimento a que chegou este pesquisador é que a carência de regulamentação do instrumento, ao ser suprido pelas demais normas do microsistema de tutela coletiva, fará com que ele seja utilizado como elemento inibidor do



cometimento de novas práticas que atentem contra a probidade administrativa. Em outras palavras, a repressão aplicada em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ratificam a tutela do princípio da moralidade na medida em que desestimulam o surgimento de novos atos ímprobos assegurando a efetividade de boas administrações.

Quanto à questão que se levantou ao longo do terceiro capítulo, foi possível constatar que o direito sancionador confere maior celeridade ao procedimento, na medida em que o agente ímprobo não encontrará no acordo de não persecução cível uma estratégia para retardar o andamento dos procedimentos, especialmente naquelas hipóteses em que o instrumento é pactuado no curso de uma ação judicial a qual teve que ser suspensa por prazo necessário ao integral cumprimento das medidas.

O principal argumento usado por esta pesquisa baseou-se, portanto, na premissa da viabilidade de aplicação das sanções legais no acordo de não persecução cível como uma imperiosa forma de combate aos casos comuns na prática da política brasileira que constantemente expõem o desrespeito aos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.

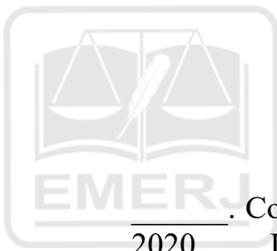
No âmbito da solução apresentada, é essencial a atuação do Ministério Público o qual tem entre as suas funções institucionais, a de zelar pelo respeito dos poderes públicos aos direitos assegurados na Constituição. Ficou evidente, por essas razões que a hipótese tratada prevê a resposta estatal suficiente aqueles que deveriam efetivar os direitos e garantias dos cidadãos e consagrar valores fundamentais que se encerram na dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civil/>> Acesso em: 20 abr. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 set. 2020.



\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n° 179*, de 26 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>> Acesso em: 15 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n° 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)> Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 07 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 07 maio. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 12.846*, de 1 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm)>. Acesso em: 14 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Mensagem n° 726*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm)> Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 596.764/MG*. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=596764](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=596764)>. Acesso em: 29 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.252.869/DF*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1252869&b=ACOR&p=false&l=10&i=6&operador=mesmo&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1252869&b=ACOR&p=false&l=10&i=6&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO)>. Acesso em: 29 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.116.964/PI*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 14 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.416.406/CE*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271416406%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271416406%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271416406%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271416406%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 14 set. 2020.



CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas 2015.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discrecionalidade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coords.). *Ação Popular: aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O consenso em matéria de improbidade administrativa: limites e controvérsias e torno do acordo de não persecução cível introduzido na Lei nº 13.964/2019*. Disponível em: <<https://ierbb.mprj.mp.br/course/info.php?id=51>> Acesso em: 13 ago. 2020.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do Prado. *Reflexões sobre o acordo de não persecução cível*. Disponível em: <<http://www.mpggo.mp.br/boletimdompgo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2020.

RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da Execução civil*. Coleção Direito e Processo: técnicas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da Tutela Jurisdicional Recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, A. P. M. C. *Pactum de non petendo: Exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material*. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.) *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.



## O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E SUA COMPATIBILIDADE COM A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Tiago Lourenço Canosa

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogado.

**Resumo** – a intervenção jurisdicional nos contratos é fruto da evolução do ordenamento jurídico, repensado nos dias de hoje em outros moldes, colocando o ser humano no centro de todo o sistema. O retorno à ideia de intervenção mínima do Estado nos contratos ignora a necessidade de atuação do poder judiciário como guardião dos valores fundamentais presentes na Constituição, garantindo que o instituto cumpra com sua função social. Sob essa nova linha compreensão do direito, busca o presente artigo analisar a afinidade do princípio da intervenção mínima com o ordenamento jurídico vigente, reconhecendo o papel e a influência da história na construção do direito atual.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Contratos. Princípio da Intervenção Mínima.

**Sumário** – Introdução. 1. Evolução dos Contratos no Direito: da não-intervenção do Estado nos contratos ao dirigismo contratual sob a ótica de um direito civil constitucional. 2. As respostas legislativas à standardização dos contratos no Código Civil: é possível compatibilizar o princípio da intervenção mínima com as demais regras previstas ao instituto do contrato? 3. A intervenção judicial como garantia da efetividade do princípio da função social dos contratos e sua compatibilidade com o princípio da segurança jurídica. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como objetivo analisar a compatibilidade do princípio da intervenção mínima nos contratos, trazido ao ordenamento jurídico pela Lei nº 13.874, de 2019, resultado da conversão da Medida Provisória nº 881, de 2019, com a legislação civilista concernente à disciplina dos contratos.

O novo princípio, previsto no parágrafo único do artigo 421 do Código Civil, busca desestimular a intervenção judicial nos contratos, indo de encontro, em princípio, à evolução do direito civil brasileiro, que ampliou a intervenção judicial para proteger a função social do contrato e os direitos fundamentais, abandonando a visão privada de direito que agora se pretende resgatar.

Conforme exposição de motivos da medida provisória, argumenta-se que a inovação legislativa se faz necessária para reduzir a burocracia e garantir o livre mercado, entendendo que, atualmente, o setor empresarial não possui segurança jurídica suficiente para expandir seus negócios privados. Apontam que o país ocupa, a 150ª posição no ranking de liberdade econômica da *Heritage Foundation/Wall Street Journal*, em um total de 186 países.



Portanto, a chamada Lei da Liberdade Econômica trabalha com a ideia de excepcionalidade da intervenção estatal nos negócios jurídicos privados, reforçando a autonomia privada e o princípio do *pacta sunt servanda* (força obrigatória dos contratos).

De outro giro, não se pode esquecer que o retorno a uma visão mais clássica do contrato não é de fácil aplicação em uma sociedade cujos contratos são, em regra, padronizados. Nesse sentido, quando se analisa a evolução histórica do direito civil brasileiro, verifica-se que o momento atual é de fortalecimento do dirigismo contratual, dando cada vez mais poder ao magistrado de intervir nos negócios avançados entre os particulares.

Destarte, pode-se defender a intervenção do judiciário nos contratos como forma de evitar que abusos sejam cometidos sob o manto da autonomia privada e da força obrigatória do contrato, em atendimento ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

No primeiro capítulo do presente trabalho será demonstrada a evolução dos contratos no direito, evolução esta que afastou a noção que outrora vigorava de não-intervenção nas relações contratuais, reconhecendo a supremacia da ordem pública frente aos interesses privados.

Já no segundo capítulo, será analisada a estrutura normativa atual do instituto dos contratos e as hipóteses de intervenção judicial estabelecidas pelo legislador, procurando demonstrar que o atual código estimula a análise judicial das cláusulas contratuais, limitando a autonomia privada e a liberdade contratual.

Após, no terceiro capítulo do trabalho, finaliza-se a discussão, e nele será defendida a interferência judicial nas relações contratuais como forma de proteger a função social dos contratos, asseverando que a intervenção judicial nos moldes legalmente estabelecidos gera, em verdade, segurança jurídica entre os contratantes, que saberão, de antemão, que eventuais cláusulas contrárias à legislação terão sua aplicação afastada.

Sobre a abordagem metodológica, a pesquisa será qualitativa, com a análise de obras produzidas sobre o tema, da legislação pertinente e de decisões judiciais proferidas. Será, quanto ao objetivo, explicativa, pois pretende-se com base na pesquisa elaborada, sustentar uma conclusão ao final do trabalho.



## 1. EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO: DA NÃO-INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS CONTRATOS AO DIRIGISMO CONTRATUAL SOB A ÓTICA DE UM DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

O contrato, em uma visão contemporânea do direito civil, é espécie dos negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, formado pelo encontro de duas ou mais vontades. Desse encontro de anseios surgem obrigações e direitos, divididos entre os participantes do negócio jurídico de acordo com as declarações de vontade emitidas. Conforme o avançado, direitos poderão ser criados, resguardados, modificados, transferidos ou extintos<sup>1</sup>.

Encontra-se no núcleo do contrato a relação intersubjetiva, de modo que se pode dizer que a noção de contrato surge com a própria ideia de sociedade e direito. Explica-se. A sociedade pode ser conceituada como a união de indivíduos norteados pelo objetivo comum de sobrevivência<sup>2</sup>. Para que esta união seja proveitosa e cumpra com sua finalidade, deveres devem ser criados, limitando-se a liberdade individual de membros, mas, em contrapartida, permitindo uma convivência harmoniosa. Para manter a ordem na comunidade, há o nascimento do Direito.

A ideia de sociedade, portanto, pode ser trabalhada como um contrato, formado pela convergência de vontades dos membros da sociedade e com a criação de direitos e deveres. O pacto social desenha-se como o contrato dos contratos.

Como o direito possui função primordial de ordenar as relações humanas, surgirá ele com a sociedade, sendo essencial para sua manutenção (*ubi societas, ibi jus*) e será estabelecido de acordo com as necessidades da sociedade a cuja sua aplicação se destina em dado momento histórico<sup>3</sup>. O mesmo se dará com os contratos, cujas regras aplicadas também variarão no tempo e no espaço. O contrato é produto da história.

Não se pode olvidar também que o conhecimento jurídico é acumulável, não se perde com o passar do tempo, de forma que alguns conceitos contratuais formulados no passado continuam a inspirar ordenamentos jurídicos atuais.

No Império Romano, o contrato era marcado pela sua força obrigatória (*pacta sunt servanda*), pela formalidade existente e pela tipicidade, somente podendo ser celebrados contratos estabelecidos pela ordem jurídica.

No período medieval, o formalismo e a tipicidade perderam espaço, prevalecendo os

<sup>1</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 16 ed. V. 3. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, [e-book].

<sup>2</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 3. ed. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 20-21.

<sup>3</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1-3.

acertos orais<sup>4</sup>. Como não havia um regramento básico disciplinando os contratos, predominou, no período, as práticas costumeiras do local.<sup>5</sup>

Com ascensão econômica da burguesia, esta passa a pleitear maior participação na política. São elaborados trabalhos de viés liberal, críticos do poder absolutista e exaltando as virtudes do comércio. As trocas livres, sob a ótica do liberalismo econômico clássico, representam a manifestação da “mão invisível” do mercado que se autorregula e é, por si só, capaz de satisfazer as necessidades individuais.

A ideia de liberdade passa a ser tema central, não havendo justo motivo para que o arbítrio dos governantes limitasse direitos individuais. Dispõe, nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.”<sup>6</sup>

O reconhecimento das liberdades individuais repercute no direito civil da época. Diminui-se a possibilidade do Estado de intervir nos contratos. Afirma Maria Celina Bodin de Moraes que, dessa forma, “os contratos faziam lei entre as partes e só podiam ser invalidados com base em um rol taxativo de ‘vícios da vontade’”<sup>7</sup>.

Não há, nesse momento, qualquer preocupação com o equilíbrio das prestações avençadas. Busca-se afastar ao máximo o poder do direito sobre a atividade mercantil, dando ampla liberdade aos contratantes, mesmo que, por meio dessa liberdade, injustiças sejam praticadas. Sob a dicotomia que se estabelece entre direito público e direito privado, é elaborado o Código Civil Francês de 1804. Sobre o código, leciona Sylvio Capanema de Souza<sup>8</sup> que “no complexo e nervoso mundo dos contratos, o Código Napoleão levou ao apogeu os princípios da autonomia da vontade e da sua força obrigatória, refletindo, como não poderia deixar de ser, os ideais da Revolução Francesa”.

Argumenta o professor que o Código Civil Brasileiro de 1916, que se inspirou no Código de Napoleão, não incluiu a lesão no rol de vícios de consentimento, uma vez que sua normatização limitaria a liberdade contratual. Também era silente o Código de Beviláqua quanto à onerosidade excessiva. A justiça do contrato estava no cumprimento do contrato na forma em que foi

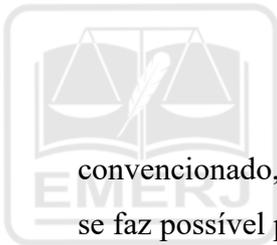
<sup>4</sup> CAENEGEM, R.C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2. ed. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 35.

<sup>5</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. [e-book].

<sup>6</sup> FRANÇA. *Declaração direitos do Homem e do cidadão de 1789*. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

<sup>7</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação- interpretação do direito no início do séc. XXI*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/22848523/Do\\_juiz\\_boca-da-lei\\_%C3%A0\\_lei\\_segundo\\_a\\_boca-do-juiz\\_notas\\_sobre\\_a\\_aplica%C3%A7%C3%A3o-Interpreta%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_direito\\_no\\_in%C3%Adcio\\_do\\_s%C3%A9c.\\_XXI](https://www.academia.edu/22848523/Do_juiz_boca-da-lei_%C3%A0_lei_segundo_a_boca-do-juiz_notas_sobre_a_aplica%C3%A7%C3%A3o-Interpreta%C3%A7%C3%A3o_do_direito_no_in%C3%Adcio_do_s%C3%A9c._XXI)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

<sup>8</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n° 26, p. 36-51, set. 2004.



convencionado, funcionando o *pacta sunt servanda* como norma não positivada, cuja identificação se faz possível pela análise sistêmica da codificação<sup>9</sup>.

Esse modelo individualista e patrimonialista encontra sua derrocada com a revolução industrial. O capitalismo extremado encontrou seus limites, e após as crises econômicas, teve que ser repensado em novos termos, já que não era capaz de atender aos anseios da população, que não se beneficiava com o liberalismo. As demandas tornam-se coletivas e exigem a atuação do Estado, que passa a atuar e a interferir no curso da economia. Surgem as legislações trabalhistas e previdenciárias, retirando estas matérias da área de atuação do Direito Civil.

No Brasil, nota-se de modo cristalino o reconhecimento dos limites do liberalismo com a elaboração da Constituição Federal de 1988. Nela, vislumbra-se, logo de início, como fundamento do Estado democrático de direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana<sup>10</sup>, base de todos os direitos fundamentais da Carta Magna, norteando tanto as relações envolvendo o poder público como as relações entre particulares, no que se convencionou chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O direito civil, que sob a divisão do direito em direito público e direito privado funcionava como sistema próprio, alheio às influências do chamado direito público, passa a ser interpretado conforme os dizeres da Constituição.

Sob o prisma da nova ordem constitucional, foi elaborado o Código Civil de 2002, que se afastou da visão patrimonialista de direito civil presente no Código de Beviláqua. A Constituição coloca a pessoa humana e sua dignidade como fundamentos do ordenamento jurídico. Desse modo, para se adequar à nova realidade jurídica, o direito civil teve que ser “repersonalizado”<sup>11</sup>.

O instituto do contrato não escapou alheio às mudanças ocorridas. Os contratos passaram a sofrer incidência da boa-fé objetiva, devendo os contratantes manter comportamento ético durante todas as fases do contrato, inclusive após a sua conclusão, funcionando a boa-fé objetiva com instrumento de interpretação do contrato, de restrição do exercício abusivo de direitos, bem como fonte de deveres anexos ao contrato, com o objetivo de se garantir a lealdade entre os contratantes<sup>12</sup>.

Se antes considerava-se como atendido o ideal de justiça com o mero cumprimento das prestações estabelecidas no contrato, agora, para que o contrato seja considerado justo, deve este

<sup>9</sup> CRESPO, Danilo Leme. *A evolução da teoria contratual e sua repercussão na sociedade contemporânea: uma reflexão sobre a (des)credibilidade do contrato de consumo*. 2017. 337 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 114.

<sup>10</sup> 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/ConstituicaoCompilado.Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

<sup>11</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, nº 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

<sup>12</sup> SCHREIBER, op. cit.



cumprir com sua função social<sup>13</sup>. Ao estabelecer, mesmo sem definir seu conteúdo, a função social do contrato, o Código Civil reconhece o seu rompimento com o individualismo outrora predominante.

A função social do contrato tem como razão de existir o fato do contrato não mais interessar somente aos contratantes. É de interesse da coletividade que a execução daquele contrato se dê em conformidade com o direito, inclusive porque os efeitos dos contratos poderão ser sentidos por terceiros, alheios aos termos ali firmados.

Com o intuito de proteger o interesse social na realização de contratos, de modo a beneficiar a coletividade, e amparado no papel central que o princípio matriz da dignidade da pessoa humana exerce no ordenamento jurídico, o Estado assume uma função tuteladora dos contratos.

Tem-se por criado o dirigismo contratual, no qual o Estado, principalmente por meio do Poder Judiciário, que atua de modo repressivo, busca assegurar o atendimento às normas de ordem pública, em atendimento ao interesse social que norteia tais dispositivos legais e objetivando garantir que contrato respeite a dignidade humana.

## 2. AS RESPOSTAS LEGISLATIVAS À ESTANDARDIZAÇÃO DOS CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL: É POSSÍVEL COMPATIBILIZAR O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA COM AS DEMAIS REGRAS PREVISTAS AO INSTITUTO DO CONTRATO?

Como dito anteriormente, não se pode olvidar das alterações ocorridas nas relações negociais ante a massificação da produção e da oferta de serviços ocasionada pela revolução industrial. Sendo o contrato o instrumento jurídico utilizado na criação de direitos e obrigações, não passou tal instituto do direito civil inalterado.

As relações comerciais, que antes ensejavam a elaboração de contratos com características próprias, cujas cláusulas eram amoldadas para aquela relação em particular, sofrem um processo de padronização, para que possam ser utilizados com facilidade, obtendo a rapidez que o comércio exigia. Para tanto, criam-se contratos-padrão, de fácil utilização em toda negociação similar<sup>14</sup>.

Tais contratos, com seus termos já preestabelecidos, impedem a discussão do conteúdo do contrato. A autonomia da vontade, compreendida como a capacidade do indivíduo em definir, com independência, as obrigações que assumirá, perde seu espaço, sobrando somente para as partes aceitarem integralmente as cláusulas já prontas ou rejeitarem a celebração do contrato em sua

<sup>13</sup> BRASIL. *Código Civil de 2002*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

<sup>14</sup> CRESPO, op. cit., p. 120.



Nesse cenário, as desigualdades jurídicas são ampliadas, pois quem tem o poder de determinar de antemão quais as cláusulas estarão presentes no contrato, por óbvio as elaborará de maneira que o contrato lhe seja o mais favorável possível, submetendo a outra parte à sua vontade.

Ante a derrocada da autonomia da vontade, característica que norteava o contrato liberal clássico, que escondia as desigualdades existentes entre as partes sob o manto dessa suposta “autonomia”, grande parcela da população se vê excluída da possibilidade de exercer de fato sua liberdade contratual. Há a necessidade de novas alterações no ordenamento jurídico protegendo as partes que se encontram em posição de desvantagem na relação contratual<sup>16</sup>.

É com esse objetivo que o Constituinte originário estabelece, por exemplo, no Título pertinente aos direitos e garantias fundamentais, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (artigo 5º, XXXII, CRFB/88)<sup>17</sup>. Dando concretude à determinação constitucional, foi elaborado, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor.

Também o próprio Código Civil precisou se adaptar aos novos tempos, criando novas ferramentas para proteger os contratantes. Além do reconhecimento constitucional de direitos transindividuais e do rompimento do individualismo contratual, em razão dos efeitos externos que os contratos geram na sociedade, a desigualdade no universo interno do contrato, ou seja, entre as partes do contrato, exigiam uma intervenção do legislador, seja para evitar o desvirtuamento do instituto, deixando este de atender à sua função social, seja para garantir a eficácia dos direitos fundamentais entres os particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Dessa forma, interveio o legislador no instituto, estabelecendo regras e limites à liberdade contratual, ou seja, ao conteúdo do negócio jurídico. É o que se observa quando, ao regular a cláusula penal, no artigo 413 do Código Civil, determinou o legislador que a cláusula penal deverá ser reduzida equitativamente pelo magistrado caso a obrigação principal tenha sido cumprido em parte, ou se o montante da penalidade estabelecido no instrumento seja manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio<sup>18</sup>.

A possibilidade de redução equitativa da cláusula penal, presente no Código Civil atual, em caso de cumprimento parcial da obrigação já encontrava amparo no Código Civil de 1916, conforme redação do antigo artigo 924, que assim dispunha “quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de

<sup>15</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 10. ed. São Paulo: Método, 2020, [e-book].

<sup>16</sup> SCHREIBER, op. cit.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

inadimplemento”<sup>19</sup>.

Todavia, a possibilidade do magistrado reduzir o montante da penalidade, caso este valor se revelasse excessivo, considerada a natureza e o objetivo do negócio, não encontra correspondência no Código de 1916. Em verdade, constava dispositivo em sentido diametralmente oposto, no artigo 927 do finado Código, assentando que o devedor não pode eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser a cláusula penal excessiva.

Ou seja, mesmo diante de uma penalidade excessiva e incompatível com a própria natureza do contrato, não era permitido, a princípio, ao magistrado intervir, reduzindo o valor da multa, trazendo-o a um patamar razoável e proporcional. O magistrado somente poderia determinar a redução em caso de cumprimento parcial da obrigação.

Deve-se ressaltar as proteções dadas ao aderente do contrato, nos artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002, que não possuíam dispositivo similar no antigo Código Civil. Por meio destes dispositivos, deve-se interpretar de maneira mais favorável ao aderente as cláusulas ambíguas ou contraditórias, e são consideradas nulas as que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Também não se pode esquecer da já mencionada boa-fé objetiva, aplicável a todas as fases contratuais, conforme artigo 422 do Código Civil, e da função social do contrato, prevista no artigo 2.035 do Código Civil, ambos institutos com forte marca despatrimonializante.

O que se observa é que o legislador trouxe de fato inúmeras ferramentas para proteção dos interesses legítimos dos contratantes, permitindo ao magistrado que sua atuação não mais se limitasse a verificar a presença ou não dos requisitos formais de um contrato.

Caso a proteção legislativa, que afeta diretamente o conteúdo do contrato, seja desrespeitada, ou seja, por exemplo, estipule-se em um contrato cláusula penal incompatível com a natureza do negócio, ou atue um dos contratantes em claro abuso de seu direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil (inovação do Código Civil de 2002), ou desrespeite dever anexo atrelado à boa-fé objetiva, terá o prejudicado a garantia da tutela jurisdicional, por força da inafastabilidade de jurisdição (artigo 5º XXXV CRFB/88)<sup>20</sup>.

Assim, notório o descompasso entre o princípio da intervenção mínima introduzido pela Lei nº 13.874, de 2019 no artigo 421 do Código Civil com o restante do Código Civil, e em certa linha, com a própria Constituição Federal. Afinal, de certo o Estado terá de intervir constantemente nas relações contratuais, não só para atender aos ditames do novo direito civil, mas também para

<sup>19</sup> BRASIL. *Código Civil de 1916*, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 10.



resguardar a efetivação dos direitos fundamentais, em respeito à sua eficácia horizontal, bem como para garantia da dignidade da pessoa humana, fundamento da República e superprincípio do sistema jurídico, e a depender do situação concreta, essa intervenção não será mínima.

Portanto, o princípio da intervenção mínima do Estado imporia ao legislador a necessidade de alterar todo o regramento aplicado ao instituto do contrato, o que iria de encontro à segurança jurídica, motivo principal para a inclusão do princípio da intervenção mínima no ordenamento jurídico. Logo, a atuação do legislador em criar o princípio surtiu efeito contrário ao pretendido: ao invés de trazer segurança jurídica que ambicionava, o princípio em questão provoca verdadeira insegurança, ante sua patente incompatibilidade com as normas previstas no Código Civil de 2002.<sup>21</sup>

### 3. A INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E SUA COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 881, datada de 2019, posteriormente convertida na Lei nº 13.874 de 2019, que acrescentou o princípio da intervenção mínima ao Código Civil, extrai-se uma visão de desconfiança perante a atuação do Poder Judiciário, entendendo o legislador ser necessário “empoderar o Particular e expandir sua proteção contra a intervenção estatal”. Alega-se ainda que o pressuposto vigente do sistema jurídico seria a “anti-liberdade e o anti-desenvolvimento”.<sup>22</sup>

O próprio direito é, em sua essência, limitador da liberdade, estabelecendo regras mínimas de convivência que contrariam o livre-arbítrio. Sob esse olhar, o Poder Judiciário é a vertente do estado que possui a função de determinar o direito a ser aplicado ao caso concreto, por meio de um provimento, ao final do processo, pondo fim ao conflito que lhe é apresentado, sempre com base no ordenamento jurídico vigente<sup>23</sup>. O magistrado, ao exercer o seu *munus*, fazendo valer o que a Lei estabelece, por óbvio restringirá em algum grau a autonomia das partes.

Em contrapartida, esperam os membros da comunidade que as decisões sejam minimamente estáveis, a ponto de permitir que, mesmo antes da decisão judicial, seja possível antever qual será a solução dada ao conflito a ser resolvido pelo Estado. Logo, para permitir uma

<sup>21</sup> TARTUCE, Flávio. *A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil. Primeira parte*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/301612/a-mp-881-19-liberdade-economica-e-as-alteracoes-do-codigo-civil-primeira-parte>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>22</sup> BRASIL. *Exposição de motivos nº 00083/2019*, de 11 de abril de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2020.

<sup>23</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 45-46.



previsibilidade dos provimentos jurisdicionais, deve o legislador ser moderado nas alterações que realiza no ordenamento jurídico, garantindo certa solidez ao sistema.

Não se pode negar que, muitas vezes, a atuação judicial tem deixado, por sua própria culpa, de garantir a estabilidade que se espera para que haja o normal desenvolvimento das relações intersubjetivas, prejudicando sua função de pacificação de conflitos.

Exemplo principal de instabilidade causada pela atuação judicial são as decisões proferidas em sentidos diametralmente opostos, tratando, de modo diverso, casos semelhantes, o que leva à descrença quanto à capacidade do Poder Judiciário de “dizer o direito”, afinal, como pode o Poder Judiciário exercer sua função de pacificar os conflitos, estabilizando as relações entre os membros da sociedade, se suas decisões proferidas são comumente marcadas pela imprevisibilidade<sup>24</sup>?

De fato, não é possível ordenar o convívio social quando os Tribunais e seus membros adotam entendimentos desencontrados. A ausência de objetividade das decisões e de desrespeito a posicionamentos muitas vezes pacificados só alimentam temores de julgamentos casuísticos, passando ao largo das boas práticas jurídicas e desprezando o princípio da isonomia, que deixa de ser reconhecido no momento em que se profere diferentes decisões para demandas idênticas<sup>25</sup>.

Destarte, a importância do princípio da segurança jurídica para obtenção do bem-estar social é inquestionável, sendo essencial para que os indivíduos possam determinar como irão se conduzir.

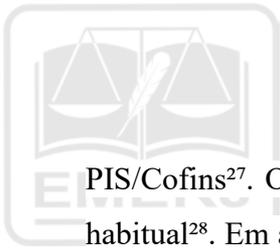
Não havendo um mínimo de previsibilidade quanto às decisões judiciais, é impossível que os indivíduos planejem suas ações, já que não haverá a confiança de que mesmo os entendimentos jurisprudenciais consagrados serão respeitados. Pode o indivíduo ser surpreendido por uma decisão inovadora, frustrando expectativa legítima, uma vez que acreditava, com fundamento em decisões anteriores, que agia de modo correto ou que possuía certo direito, observado o que determinava a ordem jurídica no momento de sua conduta<sup>26</sup>.

É o distúrbio da estabilidade que se observa, por exemplo, na seara tributária, quando se analisa as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo do

<sup>24</sup> DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. p. 1-3. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPRESVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc](http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPRESVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc)>. Acesso em: 28 ago. 2020.

<sup>25</sup> CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para aplicação dos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 41, nº260, outubro de 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.260.11.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.260.11.PDF)>. Acesso em: 27 ago. 2020.

<sup>26</sup> DELGADO, op. cit., p. 4.



PIS/Cofins<sup>27</sup>. Ou no caso de incidência do ICMS sobre importação realizada por contribuinte não habitual<sup>28</sup>. Em ambos os casos a atuação da Suprema Corte não ocorreu de modo pacífico, causando perturbações de certa forma desnecessárias.

Todavia, o fato de, eventualmente, decisões judiciais não observarem a boa técnica e surpreenderem os jurisdicionados não pode servir de fundamento para deslegitimar a necessária intervenção e atuação dos magistrados, em especial quanto aos pactos firmados nos contratos.

Em que pese haver certa imprevisibilidade na atuação do Poder Judiciário, ignorar a necessidade de intervenção estatal no âmbito do conteúdo dos contratos, com o fito de demarcar o alcance da liberdade contratual para evitar abusos praticados sob o manto de uma suposta “vontade” dos contratantes, levaria ao sacrifício de outros valores tão ou mais importantes quanto à autonomia e liberdade das partes.

Não se busca de forma alguma, com a atividade judiciária, substituir a vontade do indivíduo por uma vontade estatal. Pelo contrário. Objetiva-se, com o exercício da função jurisdicional, garantir a liberdade e a vontade das partes, que inexitem nas hipóteses de contrato abusivo. Não é possível se observar uma “autonomia da vontade” quando se assume prestações manifestamente desproporcionais, ou quando se vê, o contratante, submetido a cláusulas desiguais que violam seus direitos e transgridem normas que preservam um mínimo ético<sup>29</sup>.

Assim, muito embora não se negue importância à autonomia privada, não é esta mais a única fonte determinante da correção do contrato, sendo necessário que se atenda aos princípios da boa-fé objetiva e da função social.

Sob essa lógica, a segurança jurídica exige a atuação constante do Estado, em especial a intervenção judicial, não só para garantir a obrigação principal, mas também para que sejam cumpridos os deveres anexos, ante a finalidade e interesse social que norteiam os contratos e os valores constitucionais fundamentais que não devem ser ignorados.

Portanto, a intervenção judicial, quando realizada observando o ordenamento jurídico pátrio e decisões proferidas anteriormente para hipóteses similares, é de suma importância para o desenvolvimento de uma relação contratual sadia. Em uma visão moderna de contrato, as partes não se antagonizam, mas se auxiliam para atingir uma finalidade de interesse comum, devendo o magistrado evitar que o contrato, como instrumento de cooperação, vire artifício para subjugar a

<sup>27</sup> MIGALHAS. *Decisão do STF sobre ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins pode causar insegurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/320611/decisao-do-stf-sobre-icms-na-base-de-calculo-do-pis-co-fins-pode-causar-inseguranca-juridica>>. Acesso em: 03 set. 2020.

<sup>28</sup> ANGELO, Tiago. *Entendimento do STF sobre ICMS em importações gera insegurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-27/entendimento-stf-icms-gera-inseguranca-juridica>>. Acesso em: 03 set. 2020.

<sup>29</sup> GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no Contrato em face do princípio da integridade da prestação e da Cláusula Geral da Boa-fé*. São Paulo: Escola da Magistratura Paulista, 2014, p. 40-41.

parte mais fraca do acordo, não sendo mais aceitável que a análise do contrato seja reduzido ao mero cumprimento da prestação de natureza econômica.

Em verdade, a inércia do Estado em combater situação em que se observa a subversão da finalidade legítima do contrato, sob a errônea ideia de que o exercício da função jurisdicional, *per si*, é prejudicial aos particulares, é que afugentará a segurança jurídica de nosso ordenamento.

## CONCLUSÃO

Verifica-se, ante a análise realizada nesta pesquisa, que o Estado tem cada vez mais visto seu poder de intervir nos pactos avençados entre os particulares ampliado, de modo que o princípio da “intervenção mínima” está em certa desarmonia com os demais preceitos aplicados aos contratos, principalmente quando confrontado com a evolução histórica da direito privado e com a sistemática moderna de interpretação das normas de direito civil, apreciados hoje a partir dos princípios e das regras constitucionais.

O direito civil já teve sua experiência de intervenção mínima com a ascensão do liberalismo e com o fortalecimento do *pacta sunt servanta*. O resultado foi a exclusão da maior parte da população dos benefícios daqueles novos tempos, e assim, o direito civil e os contratos foram repensados com novos fundamentos, colocando o ser humano e sua dignidade em primeiro plano. Dessa forma, o direito passou por um processo de repersonalização ou despatrimonialização, exigindo do Estado sua constante atuação e intervenção para fazer valer esse novo norte do sistema jurídico, sob pena de rompimento do direito civil com o sistema normativo do país e com os valores fundamentais presentes na Constituição.

Sob esse novo olhar, o direito civil tem sofrido alterações, encontrando-se hoje o Código Civil com diversos dispositivos limitadores da liberdade, impedindo que o instrumento jurídico do contrato seja utilizado de modo corrompido, incompatível com sua função social, transformando-se em um instrumento de propagação de injustiças. Destarte, impõe o legislador ao magistrado o dever de interferir nos contratos sempre que se observar o desconcerto do ajuste com o ordenamento jurídico, dever este que tem que ser observado e atendido durante todas as fases contratuais.

É certo que a atuação do Poder Judiciário muitas vezes se dá de maneira incongruente, adotando para casos semelhantes soluções opostas, em alguns casos indo de encontro a posicionamentos sedimentados, ou alterando constantemente entendimentos, sem dar tempo para que uma ou outra posição se consolide, o que impede que se tenha uma previsibilidade mínima, violando a confiança e a legítima expectativa dos cidadãos que se deparam com respostas desiguais, quando as decisões deveriam ser idênticas.



Por outro lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para a manutenção da segurança jurídica, pois é através do exercício da função jurisdicional que se pode garantir eficácia da Constituição Federal, assegurando a força normativa de seus dispositivos e atendendo aos valores jurídicos básicos que norteiam o sistema. Sob a égide de uma lógica de não-intervenção, retornariam os problemas que já se apresentaram em outros momentos históricos.

Ressalte-se que a própria atuação que se pretende limitar com o novo princípio da intervenção mínima é necessária para definir sua extensão, afinal, cabe ao judiciário definir o alcance das normas jurídicas existentes, principalmente quando se está tratando de princípios. Há aqui uma certa falha técnica do legislador: se o propósito era o de reduzir os espaços de atuação dos magistrados, não deveria escolher fazê-lo por meio de um princípio, ante sua ausência de concretude.

Ao se examinar a evolução histórica do direito civil, da fase de não-intervenção nos contratos até o período atual de dirigismo contratual, é possível se concluir que o princípio da intervenção mínima dificilmente terá espaço para aplicação prática, sendo norma sem verdadeira eficácia, ante sua incompatibilidade lógica com o ordenamento jurídico atual.

## REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. *Entendimento do STF sobre ICMS em importações gera insegurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-27/entendimento-stf-icms-gera-inseguranca-juridica>>. Acesso em: 03 set. 2020.

BRASIL. *Código Civil de 1916*, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2020

\_\_\_\_\_. *Código Civil de 2002*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Exposição de motivos nº 00083/2019*, de 11 de abril de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2020.

CAENEGEM, R.C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2. ed. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para aplicação dos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 41, nº 260, outubro de 2016. Disponível em:



<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.260.11.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.260.11.PDF)>. Acesso em: 27 ago. 2020.

CRESPO, Danilo Leme. *A evolução da teoria contratual e sua repercussão na sociedade contemporânea: uma reflexão sobre a (des)credibilidade do contrato de consumo*. 2017. 337 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. p. 1-3. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICIAIS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc](http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICIAIS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc)>. Acesso em: 28 ago. 2020.

FRANÇA. *Declaração direitos do Homem e do cidadão de 1789*. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no Contrato em face do princípio da integridade da prestação e da Cláusula Geral da Boa-fé*. São Paulo: Escola da Magistratura Paulista, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 16. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, [e-book].

GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n° 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

MIGALHAS. *Decisão do STF sobre ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins pode causar insegurança jurídica*. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/quentes/320611/decisa\\_o-do-stf-sobre-icms-na-base-de-calculo-do-pis-cofins-pode-causar-inseguranca-juridica](https://www.migalhas.com.br/quentes/320611/decisa_o-do-stf-sobre-icms-na-base-de-calculo-do-pis-cofins-pode-causar-inseguranca-juridica)>. Acesso em: 03 set. 2020.

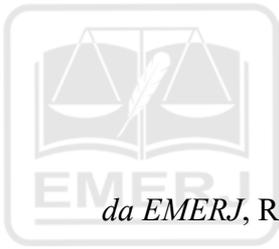
MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI. Disponível em: <[https://www.academia.edu/22848523/Do\\_juiz\\_boca-da-lei\\_%C3%A0\\_lei\\_segundo\\_a\\_boca-do-juiz\\_notas\\_sobre\\_a\\_aplica%C3%A7%C3%A3o-Interpreta%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_direito\\_no\\_in%C3%Adcio\\_do\\_s%C3%A9c.\\_XXI](https://www.academia.edu/22848523/Do_juiz_boca-da-lei_%C3%A0_lei_segundo_a_boca-do-juiz_notas_sobre_a_aplica%C3%A7%C3%A3o-Interpreta%C3%A7%C3%A3o_do_direito_no_in%C3%Adcio_do_s%C3%A9c._XXI)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 3. ed. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book].

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no Direito Brasileiro. *Revista*



da *EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n° 26, p. 36-51, set. 2004.

TARTUCE, Flávio. *A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil. Primeira parte*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/301612/a-mp-881-19-liberdade-economica-e-as-alteracoes-do-codigo-civil-primeira-parte>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 10. ed. São Paulo: Método, 2020, [*e-book*].



## ANÁLISE CRÍTICA DA APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSUMERISTAS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Vítor Blanco Mecking

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

**Resumo** – o Direito do Consumidor e o instituto do Juizado Especial Cível estão intimamente ligados. Grande parte das demandas consumeristas são ajuizadas nos J.E.C., compondo a grande maioria do acervo processual dos juizados. Existindo essa relação, a consequência é que a forma como é aplicado o direito consumerista nos juizados possui relevantíssimo impacto na sociedade, composta majoritariamente por consumidores, vulneráveis nas relações de consumo. O cotidiano e a prática no âmbito dos juizados ganham então significativa relevância, assim como as maneiras em que nestes se acertam e, especialmente, erram e deixam de aplicar corretamente a norma consumerista. A essência do trabalho é abordar essas questões, ressaltando a relevância de cada uma e apontando quais são os potenciais caminhos para fortalecer ambos os institutos.

**Palavras-chave** – Direito do Consumidor. Juizados Especiais Cíveis.

**Sumário** – Introdução. 1. Do Direito do Consumidor Protetivo. 2. Das distorções do Direito do Consumidor no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. 3. Busca da Eficiência vs. a Eficácia e os desafios aos juízes e juízes leigos nos Juizados Especiais Cíveis. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a observância da norma de inversão do ônus da prova no âmbito dos juizados especiais cíveis num contexto de massificação de demandas consumeristas e sobrecarga dos referidos juizados. Busca-se demonstrar que há uma reticência em aplicar a norma, e que esta ocasiona graves consequências para toda a sociedade, gerando um círculo vicioso. Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, bem como pesquisas realizadas por órgãos do próprio Poder Judiciário, para que se viabilize a discussão do fenômeno da não aplicação da inversão do ônus da prova e de suas consequências. A Constituição Federal estabelece expressamente em seu art. 5º, XXXII, a garantia de que o Estado promoverá a defesa do consumidor na forma da lei, estabelecendo ainda que a defesa do consumidor é princípio da ordem econômica nacional em seu art. 170. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) foi promulgado para cumprir e regular essa função, trazendo entre outros mecanismos e dispositivos o da inversão do ônus da prova. Contudo, mister refletir se ocorre de fato a aplicação do instituto nos foros onde obteria maior impacto, os Juizados Especiais Cíveis



O tema é de supra importância por lidar com a constitucionalmente consagrada defesa do consumidor, e do consumo, merecendo atenção pelos impactos sistêmicos que uma omissão pode provocar.

Para melhor apreensão do tema, busca-se definir o conceito da inversão do ônus da prova e estabelecer que o instituto está sofrendo severo desprestígio no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, onde mais se poderia influenciar as relações de consumo para proteger o consumidor. Pretende-se ainda ressaltar que essa realidade acaba por se transformar em uma má prestação de serviços, que gera uma judicialização em massa de demandas consumeristas, que por sua vez ao não aplicarem corretamente o instituto fazem persistir a má prestação de serviços, e assim repetindo o círculo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a importância dada à proteção do consumidor pela Carta Constitucional, e abordando especialmente o instituto em que se foca a presente pesquisa: a inversão do ônus da prova.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que tal instituto deveria ter posição privilegiada no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, uma vez que estes lidam com enorme quantidade de demandas consumeristas, trazendo a baila uma série de situações cotidianas nos juizados experienciadas pelo autor e muitos outros profissionais atuantes na área relacionadas com a defesa do consumidor.

O terceiro capítulo indaga se realmente ocorre a aplicação adequada do instituto da inversão do ônus da prova perante às referidas cortes. Por todo o exposto, procura-se explicitar que o instituto não é aplicado em consonância com as normas constitucionais sobre o tema, causando uma distorção nas relações de consumo em vista da importância dos juizados sobre o tema na medida em que possuem o viés de impactar diretamente práticas anti-consumeristas. Para tanto, foi necessário refletir em quão significativas prévias mudanças de entendimento sobre o ônus da prova e sua distribuição dinâmica pelos Juizados influíram em práticas comerciais no passado e no presente.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, objetivando o pesquisador apresentar um conjunto de proposições hipotéticas, que acredita serem necessárias para analisar o objeto da pesquisa, com o intuito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, 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. DO DIREITO DO CONSUMIDOR PROTETIVO

O direito do consumidor possui um lugar de destaque na ordem constitucional, constando expressamente “que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”<sup>1</sup> e que a defesa do consumidor é um princípio da ordem econômica<sup>2</sup>. A Carta Magna determinou expressamente a promulgação do Código de Defesa do Consumidor<sup>3</sup>, e o art. 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu prazo de 120 dias.

É de extrema importância apontar que as referências ao direito do consumidor são quase que unanimemente feitas por meio da palavra ‘defesa’, o que não foi equívoco ou mera escolha estilística por parte do Poder Constituinte Originário. Bem ciente da fragilidade do consumidor, a Carta Constitucional tratou de explicitar a importância de buscar um equilíbrio, sustentando o elo mais fraco da relação consumerista por meio da lei. Nesse sentido, Adolfo Mamoru Nishiyama<sup>4</sup> sustenta que “a proteção do consumidor na Constituição Brasileira é muito abrangente, não estando restrita apenas aos artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V”.

Há várias teorias e métodos no que concerne à interpretação constitucional, mas por qualquer que seja enxergada o comando constitucional sobre o direito consumerista, deve pesar a proteção do consumidor. Seja pela interpretação literal, uma vez que o Constituinte fez menção à “defesa”; pela interpretação sistêmica das normas Constitucionais e consumeristas sempre voltadas à proteção do consumidor; ou pela interpretação teleológica, que evidencia a importância da finalidade protetiva da norma consumerista.

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, veio cumprir o comando constitucional do art. 48, e dispôs sobre a proteção do consumidor e outros temas conexos. O famoso Código de Defesa do Consumidor deve ter sempre pelo menos um exemplar mantido em estabelecimentos comerciais na forma da Lei nº 12.291/10. Conforme pesquisa do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

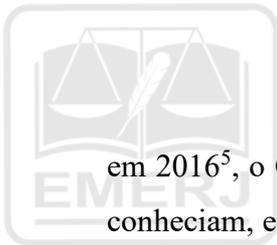
---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2020.

<sup>2</sup>Ibid.

<sup>3</sup>Ibid.

<sup>4</sup>NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 120.



em 2016<sup>5</sup>, o CDC é amplamente conhecido pela população — cerca de 92% dos entrevistados o conheciam, e 35% já o haviam consultado — mas nem sempre agiam em defesa destes direitos.

O Código de Defesa do consumidor trouxe uma série de institutos e regras de suma importância para efetivar o preceito constitucional que motivou sua criação. Dentre elas podemos apontar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, VIII, do CDC), a responsabilidade objetiva por danos advindos da relação de consumo (artigos 12-14, do CDC) e o direito à informação (artigo 6º, III, do CDC). Ademais, o CDC compõe um microsistema jurídico com sua malha principiológica própria, e que o STJ vem entendendo ser possível conjugar em defesa do consumidor com outros diplomas de acordo com a teoria do Diálogo das Fontes, conforme pode se extrair do voto da relatora Ministra Nancy Andriahi no RESP nº 103.7759<sup>6</sup>.

A Constituição Cidadã se preocupou em abordar o assunto repetidamente, e, como se mostrou posteriormente, acertadamente. Por mais que exista o amplo viés protetivo da legislação consumerista constitucional e infra-constitucional, na prática se observam violações que são transmitidas em redes nacionais, ou tão comuns que viram motivo de piadas. A venda casada, que viola o comando do art. 39, I, do CDC. é um mal que retorna periodicamente, e o troco dado na forma de ‘bala’ é tido como um exemplo disso.

Na realidade, a violação de direitos do consumidor é tão comum que 92,89% dos processos ajuizados nos Juizados Especiais Cíveis cariocas no ano de 2012<sup>7</sup> era referente a relações consumeristas. Isso revela que apesar de toda a atenção legislativa dedicada ao assunto, algo claramente não está sendo exitoso na administração dos conflitos entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços.

A Constituição Federal previu a criação de juizados especiais para tratar do julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade<sup>8</sup>, e hodiernamente estes são muito associados com o direito do consumidor, conforme os dados acima. A Lei nº 9.099/95 criou e regulamentou os Juizados Especiais Cíveis, e pela previsão de seu art. 3º, I, definiu como de menor complexidade

---

<sup>5</sup> IDEC. *Brasileiros conhecem seus direitos de consumidor, mas não reclamam de forma efetiva, mostra pesquisa*. Disponível em: < <https://idec.org.br/em-acao/em-foco/brasileiros-conhecem-cdc-e-seus-direitos-de-consumidor-mas-no-reclamam-de-forma-efetiva-mostra-pesquisa>>. Acesso em: 17 set. 2020.

<sup>6</sup> GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*: artigo por artigo. 13. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2018, p. 59.

<sup>7</sup> IPEA. *Síntese de dados de Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-juizado-especial-civel.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>8</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



as causas que não excedam 40 (quarenta) salários mínimos, o que abrange boa parte das relações consumeristas cotidianas e as que se repetem.

Como algo evidentemente não está funcionando, mostra-se necessário se debruçar sobre a prática nos Juizados Especiais Cíveis, observando se, apesar de toda sua clareza e da declarada finalidade constitucional de proteção do consumidor, está ocorrendo alguma distorção na aplicação dos institutos da lei consumerista. Com modesta experiência calcada na prática, opta-se então pelo instituto da inversão do ônus da prova, ou a distribuição dinâmica do ônus da prova, que são de suma importância no processo civil em geral, e no cotidiano dos juizados em especial.

Para as mais diversas relações consumeristas, não se realiza a celebração de contrato escrito, que possibilitaria ao consumidor realizar a prova de seu direito em caso que venha a sofrer dano advindo de ato ilícito na relação. No século XXI, além dos contratos verbais, surgiu a modalidade da contratação de produtos e serviços por telefone ou pela internet. E muitas vezes nessas três modalidades de consumo, o consumidor se vê desamparado de meios legais para provar seu direito. Como exigir a manutenção de termos acordados para um plano de celular quando não se tem nada escrito, nada concreto?

Para esses, e muitos outros casos, a resposta seria a inversão do ônus da prova. A transferência do encargo de provar os fatos para o lado mais forte da balança, o lado do fornecedor de produtos e serviços, que muitas vezes possui grande estrutura – afinal, muitos dos produtos são comprados em redes de lojas ou contratados com grandes operadoras. Contudo, será que o instituto é devidamente aplicado na prática?

Como pode um consumidor se defender da cobrança abusiva de companhia elétrica, de gás ou de água? Serviços prestados por concessionárias de serviços públicos que não hesitam em realizar cobranças abusivas e, por vezes, absurdas. Um exemplo tradicional no Estado do Rio de Janeiro é a lavratura de TOIs (Termo de Ocorrência de Irregularidade) por parte da concessionária Light, e a pronta inclusão de parcelamento dessa dívida fictícia nas faturas seguintes. A prática já foi considerada completamente ilícita, mas ela continua se repetindo.

Existe corrente doutrinária apoiada por Humberto Theodoro Júnior<sup>9</sup> que sustenta ainda que a inversão do ônus da prova, em regra, somente poderia ser concedida caso houvesse pedido expresso nesse sentido, sob pena de violação dos artigos 141 e 492 do CDC. Mister lembrar, no

---

<sup>9</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39 ed. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 464/465.



entanto, que nos Juizados Especiais Cíveis as partes possuem o *ius postulandi* garantido, e deve ser facilitado o seu acesso à justiça e garantida sua proteção nos termos da Constituição Federal. Como pode a corrente sustentar tal posição por meio de um argumento técnico, processual, de que tal sentença seria ilícita por *extra petita* quando a norma maior orienta expressamente a proteção do consumidor?

Estes estão longe de serem os únicos pontos de controvérsia quanto à aplicação de maneira protetiva do direito consumerista nos juizados especiais cíveis.

## 2. DAS DISTORÇÕES DO DIREITO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DOS JEC.

No presente capítulo aprofundar-se-ão algumas das questões com as quais o autor conviveu durante mais de um ano em atividade como estagiário em uma Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro e mais recentemente na prática da advocacia nos últimos anos. Há anos questiona-se tais pontos, que trazem certa angústia pela não observação do que se entende ser as melhores práticas para um instituto como o JEC.

Criticou-se no capítulo anterior a não aplicação da inversão do ônus da prova ou a sua não observância prática, mas há outro ponto relacionado que merece destaque. É evidente que não basta que o consumidor faça qualquer demanda absurda na esperança que a parte ré deixe de contestá-la por inteiro ou incorra em revelia, não é esse o objetivo do instituto da inversão do ônus da prova. Sendo assim, é pacificamente aceito que é necessária a produção de um conjunto probatório que minimamente lastreie as alegações da exordial, de maneira que “a faculdade judicial não pode ser manejada em favor do consumidor, sob pena de configurar-se ato abusivo, com quebra do devido processo legal”<sup>10</sup> quando isto não ocorrer. Assim, “pedidos baseados em fatos absolutamente impossíveis de comprovação por qualquer das partes devem ser julgados improcedentes, e não imputados ao réu em razão da referida inversão do ônus da prova”<sup>11</sup>.

Dessarte, onde se entende haver equívoco é justamente na definição de “minimamente”. É evidente que tal requisito deve se adequar à realidade do caso concreto apresentado, por exemplo: não é possível exigir grande conjunto probatório quando parte alega jamais ter contratado o serviço. Contudo, o que por vezes pode se observar é que sem critério e e sem análise minuciosa se demanda

---

<sup>10</sup>Ibid.

<sup>11</sup>THEODORO, Fernanda. *Inversão do Ônus da Prova e o CDC*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/188019/inversao-do-onus-da-prova-e-o-cdc>>. Acesso em: 22 set. 2020.



mais do que a parte autora pode produzir probatoriamente, obliquamente barrando a inversão do ônus probatório como demanda o CDC. Os casos não são sempre extremos como o apresentado, mas equívocos se repetem aparentemente com alguma frequência.

Uma das consequências do supramencionado instituto é a possibilidade do consumidor deduzir em juízo pedido para que a parte ré exiba documentos relativos à lide. No entanto, tal pedido acaba sendo infrutífero por uma série de motivos questionáveis. Argumento que se opõe constantemente a esse é que precisa ser “especificado”, não podendo ser genérico o pedido de exibição. Mister apontar que por vezes é impossível a parte especificar exatamente qual é o documento retido pela parte ré, cuja falta de transparência muitas vezes contribui para a instalação da lide. Outro caso ocorre quando é considerado o “pedido como pedido de exibição de documentos, não cabível com base no rito dos Juizados Especiais”<sup>12</sup> — interpretação que nem com muito esforço é capaz de se aceitar como protetiva do consumidor. Assim, devia haver maior tolerância em razão da posição de fragilidade do consumidor na relação.

Em casos como os supracitados, nota-se a falta de vigor e pressão por parte dos magistrados para que se efetue a apresentação dos documentos, permitindo que a parte ré se esquive de sua obrigação sem maiores consequências e muitas vezes em detrimento do consumidor/autor.

Talvez um dos maiores exemplos disso sejam as gravações telefônicas. Em anos de atuação nos Juizados, tendo inclusive apresentado alguns dos pedidos de exibição com base em protocolos, este autor não se recorda de jamais terem sido juntadas ao processo as gravações requeridas. Ocorre que pode ser uma prova extremamente contundente, em que prepostos das empresas apresentam informações falsas ou revelam fatos extremamente relevantes à demanda. Grande parte do que as partes relatam aos seus patronos é relacionado com informações passadas nos atendimentos telefônicos, mas que a cujas gravações dificilmente se obtém acesso.

É evidente que cada parte produz provas da melhor maneira que lhe é possível, mas se ressalta um aparente desequilíbrio na exigência de provas. O que mais se vê na prática dos Juizados é empresas rés em demandas consumeristas tentando se eximir com telas de seus sistemas internos. Que sistemas são esses? Quem pode alterar as informações nele dispostos? Há registros das alterações e as datas destas? Aceitaria o juiz a prova da mesma forma, como uma planilha de Excel,

---

<sup>12</sup>SARDINHA, Camila. *As gravações telefônicas realizadas nas centrais de atendimento ao consumidor e a eficácia probatória dos protocolos de atendimento*. Disponível em: <https://camilasardinha.jusbrasil.com.br/artigos/213300061/as-gravacoes-telefonicas-realizadas-nas-centrais-de-atendimento-ao-consumidor-e-a-eficacia-probatoria-dos-protocolos-de-atendimento>>. Acesso em: 22 set. 2020.



se fosse esta produzida pela parte autora? Há claro desrespeito ao princípio da paridade das armas. O problema ocorre por todo o Brasil<sup>13</sup>, com consequências nefastas muitas vezes aos mais humildes.

Enquanto é muito difícil para a parte autora ter a presciência de registrar ou gravar contatos por ligação telefônica ou conversas em pessoa, ao vivo, a mesma dificuldade não pode ser atribuída às empresas para se antecipar na produção de provas. Companhias com relevância nacional e recordistas em processos deveriam ser cobradas em um padrão superior. Por meio de políticas internas é perfeitamente possível que façam registros detalhados aptos a serem empregados como provas no processo. Todavia, não é o que se observa — na prática o que mais se encontra é a proliferação de contestações genéricas, remotamente mencionando o caso particular.

Outro ponto que merece ser criticado é a aparente certeza de que qualquer processo que remotamente exija a produção de prova pericial nos Juizados deva ser extinto sem resolução de mérito, como se processos em que se mostra necessária tal prova fossem exclusivos das Varas Cíveis.

O propósito do Juizado é de atender a causas de menor complexidade, e bem sabido que este é regido pelos princípios da simplicidade, informalidade, oralidade, celeridade e economia dos atos processuais, com o intuito de reduzir o tempo de tramitação dos processos judiciais. Entretanto, não há necessariamente conflito entre a prova pericial e estes princípios e sequer há vedação expressa à possibilidade da produção desta. O que se gostaria que figurasse como melhor prática no âmbito dos Juizados — e o que já sustenta o FONAJE em seu enunciado de nº 54<sup>14</sup> — é de que é necessário realizar análise sobre a complexidade ou não da prova pericial ao invés de quase que mecanicamente extinguir o processo, inadvertidamente retardando ainda mais a aplicação da jurisdição sobre a demanda.

Outra prática extremamente questionável é a defesa de certos bancos – entre os mais acionados judicialmente – que em suas contestações juntam documentos bancários impossíveis de serem compreendidos por leigos na área — às vezes centenas de páginas destes documentos. Sobre o tema fala-se com propriedade, tendo o autor presenciado dentro de estágio da nobre Escola de Magistratura caso similar em que nem aquele, nem o juiz ou seus assessores eram capazes de

---

<sup>13</sup>MENDES, Vinicius. *Advogados afirmam que prática de Juizado Especial tem prejudicado vítimas de fraude*. Disponível em: <<https://www.olharjuridico.com.br/noticias/exibir.asp?id=39649&noticia=advogados-afirmam-que-pratica-de-juizado-especial-tem-prejudicado-vitimas-de-fraude>>. Acesso em: 22 set. 2020.

<sup>14</sup>FONAJE. Disponível em <<http://fonaje.amb.com.br/enunciados/>>. Acesso em: 20 nov. 2020.



decifrar as centenas de documentos apresentados, mas ainda assim pretendiam sentenciar a causa. Inconformado, o autor desistiu de fazer a sentença, abandonando o referido estágio.

Diz o art. 378, do CPC<sup>15</sup>, que “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Acredita-se necessário se exigir explicação pormenorizada de tais provas antes de se tomar qualquer decisão, sob risco de violar também o contraditório — como pode uma parte consumidora, que se presume hipossuficiente, ou seu patrono se defender ou apontar incorreções em documento incompreensível até para o magistrado? Reforça-se que o narrado jamais poderia acontecer, mas acontece recorrentemente.

Para finalizar o presente capítulo, gostaria de se abordar a questão da estimação do *quantum* indenizatório em casos consumeristas. O autor, em seu tempo como estagiário no egrégio TJRJ, presenciava que se realizavam avaliações extremamente pessoais e subjetivas em relação ao valor indenizatório a ser arbitrado. Era plenamente possível que o valor arbitrado fosse significativamente discrepante dentro do gabinete de um desembargador, prejudicando qualquer noção de uniformidade e não contradição das decisões. Isso para não entrar no mérito da enfim revogada<sup>16</sup> súmula nº 75 do TJRJ, a tão criticada súmula do “mero aborrecimento” que era escudo e baluarte inconstitucional<sup>17</sup> das companhias contumazes violadoras dos direitos dos consumidores ao tentarem eivar o consumidor de justa reparação nos juizados especiais.

É bem verdade que desde então, mais recentemente, o STJ adotou o método bifásico para fixação das indenizações, e creio que tenha sido uma decisão deveras acertada. Assim o explanou o douto ministro Paulo de Tarso Sanseverino no REsp nº 1.152.541<sup>18</sup>, do qual foi o relator:

Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo à determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.

---

<sup>15</sup>BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 11 de janeiro de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>16</sup>REDAÇÃO MIGALHA. *TJRJ: Órgão Especial cancela súmula do "mero aborrecimento"*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/293074/tj-rj--orgao-especial-cancela-sumula-do--mero-aborrecimento>>. Acesso em: 22 set. 2020.

<sup>17</sup>PORTELLA, Ernesto. *A inconstitucionalidade do mero aborrecimento*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69564/a-inconstitucionalidade-do-mero-aborrecimento>> Acesso em: 22 set. 2020.

<sup>18</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1152531*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão;. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901570432&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>>. Acesso em: 17 out. 2020.



O que se gostaria de observar é uma maior e mais ampla aplicação deste método. Isto, e o fim de fixação de indenizações irrisórias — reflete mal para o Judiciário na sociedade quando os valores de indenização são ultrajantemente baixos para diversos cidadãos, mas sobem significativamente quando a parte envolvida é magistrado ou seu familiar. Aspira-se por critérios firmes e amplamente aplicados.

### 3. BUSCA DA EFICIÊNCIA VS. A EFICÁCIA E OS DESAFIOS AOS JUÍZES E JUÍZES LEIGOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

*Dormientibus non succurit jus* ou, sem a pretensão do latim jurídico, “O direito não socorre a quem dorme” é um brocardo extremamente difundido no mundo jurídico. Este tem, como muitos outros, reflexos no ordenamento jurídico — prescrição, decadência, preclusão, presunção relativa de veracidade dos fatos... Apesar de eventualmente causar efeitos deletérios a pessoas dignos de causar pena, o princípio é compreensível.

O revoltante é quando o direito não socorre mesmo a quem se encontra desperto, acionando a Justiça e seus juizados atrás de seus direitos. É verdade que existem ações desprovidas de fundamentos minimamente razoáveis, mas estas estão longe de ser a regra. A facilitação de acesso à justiça é positiva, mas, como quase tudo na vida, possui seus lados negativos. Não obstante a baixa qualidade de certas petições iniciais e contestações, atribuíveis a partes sem formação, estagiários com escassa supervisão e advogados de escritórios de massa com baixa motivação, trata-se na presente obra de se debruçar sobre a qualidade das decisões judiciais nos J.E.C., que também merecem críticas.

Foram levantadas e narradas, especialmente no 2º Capítulo do presente artigo, uma série de decisões e sentenças contraditórias, teratológicas ou em desacordo com expressas previsões legais. Ocorre que muitas das sentenças são proferidas com base em projetos de sentença de juízes leigos, previstos no art. 98, I, da CF, e regulamentados pela Lei nº 9.099/95. É importante para a discussão entender quem são estes profissionais, e tal definição é trazida pelo art. 7º da referida lei dos Juizados<sup>19</sup>, “art. 7º Os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os

---

<sup>19</sup>BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2020.



primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência. ”

Não adentrando na discussão sobre o adjetivo ‘leigo’ que pode ser entendido em sentido pejorativo<sup>20</sup>, ou no fato de resolução nº 174 do CNJ ter abrandado o requisito para apenas dois anos de experiência<sup>21</sup>, deve-se ainda assim observar a importância destes profissionais, também chamados de juízes instrutores, no contexto dos juizados especiais.

Desde já, deixa-se claro que a atuação destes na prática por vezes adentra ilegalmente naquelas privativas a juízes<sup>22</sup>. Contudo, mesmo quando estes agem dentro de suas atribuições, atuando em audiências e elaborando projetos de sentenças submetidos ao crivo dos juízes titulares, já há fatores questionáveis. É inegável por qualquer profissional que tenha atuado na área – e quiçá daqueles dentro dos próprios gabinetes – que um número significativo dos juízes se furta de fazer a devida conferência dos projetos, perdoando o inglês, ‘*rubber stamping*’ ou ‘carimbando’ as decisões que impactam a vida dos querelantes sem sequer lê-las.

É compreensível que os juízes são submetidos a um número absurdo de processos quando atuam nos juizados, mas as carimbadas ainda assim não são razoáveis ou aceitáveis. O autor menciona o tópico tendo, em um processo recente, sido surpreendido pela extinção sem julgamento de mérito de um processo por não constar a data no comprovante de residência juntado. O problema é que foi violado o princípio da vedação de decisão surpresa<sup>23</sup>, previsto no art. 10º, do CPC, uma vez que não fora nunca requerida a juntada de novo comprovante para retificar a exigência no mínimo extra-legal do juízo. Ainda assim, o juiz de direito homologou o projeto de sentença. Embargada a decisão, o douto juiz percebeu o equívoco e anulou a sentença que ‘carimbara’.

Sem a intenção de desmerecer de maneira alguma o nobre trabalho dos juízes leigos, é bem verdade que há diferença significativa na formação e capacidade jurídica (ao menos demonstrada nos certames públicos) entre estes e os juízes de direito, submetidos a provas muito mais árduas e exigentes. Assim, considera-se bem acertada a decisão constitucional de colocar os

<sup>20</sup>LIMA, Thiago Borges Mesquita de. *O juiz leigo dos juizados especiais é "leigo"?* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66037/o-juiz-leigo-dos-juizados-especiais-e-leigo>>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>21</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 174/2013*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1723>>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>22</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *CNJ delimita atuação do juiz leigo*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-delimita-atuacao-de-juiz-leigo/>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

<sup>23</sup>SOUZA, Andre Pagani de. *“Decisão-surpresa” e a sua vedação no Processo Civil brasileiro*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/257894/decisao-surpresa-e-a-sua-vedacao-no-processo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 14 jul. 2020.



juízes leigos atuando sob supervisão dos de direito. Mais que acertada – é essencial a supervisão, que não pode deixar de acontecer sob risco de se multiplicarem decisões equivocadas como a narrada.

Como dito, não se trata apenas da questão de duvidar da formação e preparo dos juízes leigos. Assim, faz-se necessário observar as condições de trabalho a que estes são submetidos. Juízes de direito tem metas de produtividade estabelecidas pelo CJN cujo descumprimento pode ocasionar as ditas jurisprudências defensivas processuais<sup>24</sup>, que podem afetar relações consumeristas negativamente. E os juízes leigos?

Juízes leigos têm ‘fixada retribuição mediante bolsa por ato homologado, projeto de sentença ou acordo celebrado entre as partes’<sup>25</sup>, e ganhavam em média R\$ 3.520,00 em 2014 no TJ-RJ<sup>26</sup>. Assim, os ditos juízes instrutores são ainda mais diretamente impactados pelo número de projetos de sentenças e audiências realizados do que os juízes de direito. Não se busca questionar aqui a importância do estabelecimento de metas para estimular o funcionamento da Justiça, mas os valores praticados no TJ-RJ são muito aquém do esperado para um trabalho delicado e de grande importância – apenas R\$ 26,00 por cada ato, projeto de sentença ou acordo.

Um dos princípios fundamentais da Administração Pública é o princípio da Eficiência, do qual se extrai tanto a Economicidade quanto a Eficácia. O que parece ocorrer no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis é uma prevalência do primeiro sobre o segundo. Resolver um processo custa em média R\$ 458 aos tribunais estaduais<sup>27</sup>, mas os encerrar de qualquer maneira pode custar muito mais, tanto individual quanto socialmente. Acredita-se estar num momento em que se deve refletir sobre a Eficácia das decisões dos Juizados Especiais Cíveis e os muitos fatores que nesta influem, como os citados ao longo do presente artigo. Como já disse o então presidente americano, John F. Kennedy: “Consumidores, por definição, somos todos nós”. O consumidor e as relações consumeristas são coisas seríssimas, e não podem continuar sendo conduzidos com o descaso e intolerância que por vezes se observa em juizados.

---

<sup>24</sup>OLIVEIRA, Miguel Barros Barreto de. *Jurisprudência defensiva e metas de produtividade: uma jabuticaba consumerista*. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistapoliticiajudiciaria/article/view/562/560>>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>25</sup>BRASIL. Tribunal De Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Resolução TJ/ OE/ RJ n° 35/2013*. Disponível em: <[http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=172837&integra=1](http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=172837&integra=1)>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>26</sup>FOLHA DIRIGIDA. *Juiz leigo tem média salarial de R\$3.520*. Disponível em: <<https://folhadirigida.com.br/concursos/noticias/tj-rj/juiz-leigo-tem-media-salarial-de-r-3-520>>. Acesso em: 17 set. 2020.

<sup>27</sup>HERMES, Felipe. *A insustentável lerdeza do nosso Judiciário*. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/sociedade/a-insustentavel-lerdeza-do-nosso-judiciario/>>. Acesso em: 17 set. 2020.

## CONCLUSÃO

Direcionando-se ao fim do presente artigo, é bem claro que este não traça um cenário muito positivo para os juizados especiais e as milhões de causas consumeristas a eles levadas. Se antes a morosidade da justiça talvez fosse seu maior desafio, agora põe-se em xeque a precisão e a confiabilidade das decisões. Conduzir processos muito lentamente traz prejuízos – mas conduzi-los demasiadamente rápido traz suas próprias consequências deletérias.

Há uma série de linhas de falhas na própria estrutura dos Juizados Especiais Cíveis em vigor, submetendo aqueles que neles ingressam à possibilidade de sofrerem abalos sísmicos incondizentes com suas pretensões. Justamente por serem vários os problemas — existem outros que não foram abordados nesse breve artigo — não existe uma solução única, simples e que abranja todos os pontos.

Dentre as medidas que podem ser tomadas para conter os problemas são a valorização dos juízes leigos e maior investimento em sua capacitação, a adoção de metas com critérios qualitativos conjugados com os quantitativos já amplamente aplicados e talvez um maior número de aulas de Direito Consumerista nos cursos preparatórios pelos quais os Juízes de Direito passam antes de serem lotados nos Juizados Especiais Cíveis. Também é sempre importante buscar a opinião e sugestões daqueles que trabalham diretamente com a área.

Por fim, sugere-se focar em mecanismos que onerem as companhias litigantes contumazes, que deixam de gastar em seus produtos e serviços, apropriando-se dos valores enquanto transferem os ônus e custos aos consumidores e à máquina pública quando invariavelmente será acionada, ainda que por apenas uma fração dos milhões de lesados.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2003*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 11 set. 2020.



\_\_\_\_\_. *Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Resolução TJ/ OE/ RJ n° 35/2013.* Disponível em: <[http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=172837&integra=1](http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=172837&integra=1)>. Acesso em: 11 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 174/2013.* Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1723>>. Acesso em: 11 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *CNJ delimita atuação do juiz leigo.* Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-delimita-atuacao-de-juiz-leigo/>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1152531.* Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901570432&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 17 out. 2020.

FOLHA DIRIGIDA. *Juiz leigo tem média salarial de R\$3.520.* Disponível em: <<https://folhadirigida.com.br/concursos/noticias/tj-tj/juiz-leigo-tem-media-salarial-de-r-3-520>>. Acesso em: 17 set. 2020.

FONAJE. Disponível em <<http://fonaje.amb.com.br/enunciados/>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor comentado: artigo por artigo.* 13. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2018.

HERMES, Felipe. *A insustentável lerdeza do nosso Judiciário.* Disponível em: <<https://super.abril.com.br/sociedade/a-insustentavel-lerdeza-do-nosso-judiciario/>>. Acesso em: 17 set. 2020.

IDEC. *Brasileiros conhecem seus direitos de consumidor, mas não reclamam de forma efetiva, mostra pesquisa.* Disponível em: <<https://idec.org.br/em-acao/em-foco/brasileiros-conhecem-cdc-e-seus-direitos-de-consumidor-mas-no-reclamam-de-forma-efetiva-mostra-pesquisa>>. Acesso em: 17 set. 2020.

IPEA. *Síntese de dados de Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-juizado-especial-civel.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

LIMA, Thiago Borges Mesquita de. *O juiz leigo dos juizados especiais é "leigo"?* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66037/o-juiz-leigo-dos-juizados-especiais-e-leigo>>. Acesso em: 11 set. 2020.

MENDES, Vinicius. *Advogados afirmam que prática de Juizado Especial tem prejudicado vítimas de fraude.* Disponível em: <<https://www.olharjuridico.com.br/noticias/exibir.asp?id=39649&noticia=advogados-afirmam-que-pratica-de-juizado-especial-tem-prejudicado-vitimas-de-fraude>>. Acesso em: 22 set. 2020.



NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Miguel Barros Barreto de. *Jurisprudência defensiva e metas de produtividade: uma jabuticaba consumerista*. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistapoliticiajudiciaria/article/view/562/560>>. Acesso em: 11 set. 2020.

PORTELLA, Ernesto. *A inconstitucionalidade do mero aborrecimento*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69564/a-inconstitucionalidade-do-mero-aborrecimento>> Acesso em: 22 set. 2020.

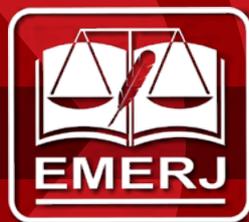
SARDINHA, Camila. *As gravações telefônicas realizadas nas centrais de atendimento ao consumidor e a eficácia probatória dos protocolos de atendimento*. Disponível em: <<https://camilasardinha.jusbrasil.com.br/artigos/213300061/as-gravacoes-telefonicas-realizadas-nas-centrais-de-atendimento-ao-consumidor-e-a-eficacia-probatoria-dos-protocolos-de-atendimento>>. Acesso em: 22 set. 2020.

SOUZA, Andre Pagani de. *"Decisão-surpresa" e a sua vedação no Processo Civil brasileiro*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/257894/decisao-surpresa-e-a-sua-vedacao-no-processo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39. ed. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO, Fernanda. *Inversão do Ônus da Prova e o CDC*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/188019/inversao-do-onus-da-prova-e-o-cdc>>. Acesso em: 22 de set. 2020.

REDAÇÃO MIGALHA. *TJ/RJ: Órgão Especial cancela súmula do "mero aborrecimento"*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/293074/tj-rj--orgao-especial-cancela-sumula-do-mero-aborrecimento>>. Acesso em: 22 set. 2020.



**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**  
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090  
[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br)