

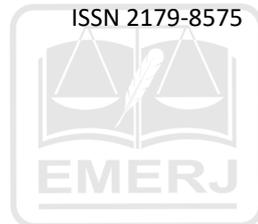
REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 15- n. 2 - Tomo II (M/Y) - Jul./ Dez. 2023



Elaborados em 2023



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 15- n. 2 - Tomo II (M/Y) - Jul./ Dez. 2023



Elaborados em 2023



© 2023 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



**➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ
2023**

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

SECRETÁRIA-GERAL

Gabriela da Silva Rafael Carneiro

Diretora do Departamento de Ensino (DENSE)

Bianca Oliveira de Farias

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/BIBLIO - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Monica Cavalieri Fetzner Arial
- Nelson Carlos Tavares Junior
- Rafael Mario Iorio Filho
- Ubirajara da Fonseca Neto
- Maria Carolina Cancellata de Amorim



MAICON ALEXANDRE DE MORAIS

A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO QUANTO AO TÉRMINO SUPERVENIENTE DAS RELAÇÕES MATRIMONIAIS: GUARDA, ALIMENTOS E FAMÍLIA MULTIESPÉCIE 572

MARCELO COSTA LOPES JUNIOR

O CONTROLE SOCIAL DESEMPENHADO PELOS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL 587

MARCOS ORLANDO CARDOSO MASSENA FILHO

O EFEITO “BACKLASH” E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: MECANISMOS POSSÍVEIS PARA UMA REAÇÃO LEGISLATIVA 602

MARIANA ALVES PEREIRA

FASHION LAW: AS CONSEQUÊNCIAS DA LACUNA LEGISLATIVA E OS IMPACTOS AMBIENTAIS DA INDÚSTRIA DA MODA 619

MARIANA AMORIM SLATER

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O FUTURO DA JUSTIÇA: UMA ANÁLISE SOBRE OS IMPACTOS NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO 636

MARIANA DE GROSSI FIRMAN

A NACIONALIDADE DAS CRIANÇAS ADOTADAS INTERNACIONALMENTE POR PAIS BRASILEIROS: VIOLAÇÃO DA IGUALDADE DE TRATAMENTO ENTRE FILHOS ADOTIVOS E BIOLÓGICOS 651

MARIANA NASCIMENTO RAMOS

EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA DIGNA: UMA ANÁLISE DOS RISCOS E DA VULNERABILIDADE DAS OCUPAÇÕES DOS ASSENTAMENTOS IRREGULARES NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 665

MARIANA WANDERLEY SILVA

TRIBUNAL DO JÚRI: O CABIMENTO DA APELAÇÃO OU A PREVALÊNCIA DO QUESITO DA CLEMÊNCIA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS? 682

MATHEUS ASSUMPCAO CRUZ LOBATO

MEDIDAS EXECUTIVAS COERCITIVAS ATÍPICAS EFETIVAS NAS OBRIGAÇÕES POR QUANTIA CERTA E A PONDERAÇÃO RESTRITIVA A DIREITOS FUNDAMENTAIS 699



MATHEUS DE CASTRO MAIA SENNA

O DIREITO DE RETROCESSÃO NOS CASOS DE TREDESTINAÇÃO E ADESTINAÇÃO COMO FORMA DE LIMITAR À ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 716

MATHEUS FILIPE MODESTO

LACUNAS NORMATIVAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....731

MATHEUS RIZZO DA SILVA LINHARES DA FONSECA

PSICOPATA: SEMI-IMPUTÁVEL OU IMPUTÁVEL? 746

MAURICIO AZEVEDO SILVA FILHO

JUDICIALIZAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS EM FACE DA PANDEMIA DE COVID-19 761

MONIQUE POUHEL DOLIVEIRA

ICMS: A GUERRA FISCAL DECORRENTE DOS DIFERENTES PERCENTUAIS DE ALÍQUOTAS PRESENTES NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE TRANSPORTE E DA CONCESSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIOS E ISENÇÕES FISCAIS 777

MURILLO GABRIEL DE ALMEIDA PRADO PACHECO

A TUTELA DOS INTERESSES DE MENORES NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: O TRUST COMO ALTERNATIVA 791

MYLLENA CARVALHO ALVES LOUZA

A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DA CRFB/88 E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO DA ADPF 635 806

PAULA BARBOSA VIVEIROS

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE 822

PRISCILA SILVA LISBOA

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS ACERCA DA DECISÃO JUDICIAL QUE REDUZ E CONVERTE ASTREINTES EM PERDAS E DANOS 836

RACHEL BITENCOURT FISZPAN ALONSO

ENTRE O MICROSSISTEMA COLETIVO E O SANCIONATÓRIO: A LEI N.14.230/21 E APREPONDERÂNCIA DO DIREITO DE DEFESA DO RÉU 852

RAFAEL MISTIERO MATHEUS

O INSTITUTO CONTEMPT OF POWER APLICADO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS 869

RAQUEL DE ALMEIDA ALENCAR

PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: A CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO E OS LIMITES PARA PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA 886



RITA DE CASSIA SILVA SOUZA SANTOS

A BUSCA PESSOAL NA ABORDAGEM POLICIAL: UMA BREVE ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO “FUNDADA SUSPEITA” E AS POSSÍVEIS NULIDADES À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 903

RODRIGO MIGUEL MAGALHÃES FERREIRA TEIXEIRA

TRIBUTAÇÃO DO ICMS INCIDENTES SOBRE O COMÉRCIO ELETRÔNICO 918

RODRIGO SARAIVA DE FIGUEIREDO

A PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DE ARMA DE FOGO, A PROVA INDIRETA E O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO.....933

ROSANI SILVA LANNES

DESAFIOS E AVANÇOS NO COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL: IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 E AS NOVAS PERSPECTIVAS DA LEI N. 14.340/2022 948

SARAH BRAGA PASINATO LUCIANO

ANÁLISE CRÍTICA DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS OCASIONADAS PELA (NÃO) INCIDÊNCIA DOS INSTITUTOS DA TENTATIVA, DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA OU DO CRIME IMPOSSÍVEL, À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA 964

TAMIRES FERNANDES BARCELOS

O DIREITO AO ESQUECIMENTO SOB A PERSPECTIVA DO ESVAZIAMENTO DOS MECANISMOS DE DEFESA DA PRIVACIDADE À LUZ DA DECISÃO DO STF 989

THAIS FROES VILLELA ALDRIGHI

ANÁLISE CRÍTICA DA ADOÇÃO DA TEORIA NORTE-AMERICANA QUANTO AOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS CASOS ENVOLVENDO VÍTIMAS DE CRIMES SEXUAIS 1005

VITÓRIA SOUSA LAGO BAZILIO DOS SANTOS

VITÓRIA SOUSA LAGO BAZILIO DOS SANTOS 1018

YASMIN MERCÊS DE CASTRO

A EVOLUÇÃO OU O RETROCESSO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA1031

A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO QUANTO AO TÉRMINO SUPERVENIENTE DAS RELAÇÕES MATRIMONIAIS: GUARDA, ALIMENTOS E FAMÍLIA MULTIESPÉCIE.

Maicon Alexandre de Moraes

Graduado pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Advogado.

Resumo – o presente trabalho tem como objetivo inserir os animais de estimação dentro do conceito de família, adequando-os ao modelo multiespécie, a fim de que seja possível justificar a aplicabilidade das disposições inerentes ao direito familiar, de maneira analógica, aos *pets*, especialmente o que abrange à guarda compartilhada e a prestação alimentar após a dissolução do vínculo conjugal de seus tutores. Para alcançar o intento, será pertinente investigar a evolução do animal doméstico na sociedade brasileira, a natureza jurídica deste e como a inversão de valores promovida com o Código Civil e o princípio da afetividade possibilitam a adequação do ser não humano nas relações contemporâneas do direito das famílias. A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave – Direito de Família. Animais como sujeitos de direitos. Guarda. Alimentos. Família multiespécie.

Sumário – Introdução. 1. Análise quanto à natureza jurídica dos animais domésticos. 2. Família multiespécie à luz da sociedade brasileira. 3. Possibilidade da extensão das normas de Direito de Família aos animais domésticos impactados pela extinção do vínculo matrimonial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a possibilidade do reconhecimento dos animais domésticos como sujeitos de direitos no âmbito das relações de família. Procura-se demonstrar que o conceito de família assumiu importante papel na sociedade contemporânea, de sorte que a sua materialização foi flexibilizada ao longo dos anos e deu ensejo aos mais variados modelos, como é o caso da família multiespécie.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir até que ponto a Declaração Universal de Direitos dos Animais e o conceito de família multiespécie são aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro.

Fato é que os tutores, em que pese optaram por adotar um núcleo familiar preenchido por seres humanos e não humanos, sequer sabem como podem se valer do Poder Judiciário para dirimir os seus conflitos conjugais envolvendo os “filhos de quatro patas”. Essa situação, no entanto, não é regulada pelo ordenamento jurídico pátrio e favorece as seguintes reflexões: é possível regular a família multiespécie? Em caso de superveniente extinção do vínculo

matrimonial, é cabível as disposições do direito familiar aos animais de estimação?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário nas relações familiares.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “família multiespécie” e compreender como esse modelo tem sido aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em relação à Declaração Universal de Direitos dos Animais e aos entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a extensão das disposições do Direito de Família, de modo a ser possível o pleito judicial envolvendo a prestação de alimentos em favor dos *pets*, bem como a sua guarda compartilhada.

Para explicar melhor o tema, o primeiro capítulo do trabalho discute até que ponto a natureza jurídica dos animais de estimação pode ser limitada a mera “coisificação”. Discute-se também a disposição presente na Declaração Universal dos Direitos dos animais, a qual entende ser todos os animais sujeitos de direitos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o conceito e o impacto da família multiespécie, essencialmente quanto ao afeto decorrente da relação humano-animal.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de um novo sistema normativo que seja capaz de possibilitar aos animais domésticos o tratamento amplo nas relações de família, de modo a beneficiar não só os seres não humanos, mas também os tutores que visam manter o bom relacionamento, o convívio e o bem-estar do bicho domesticado.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS NO DIREITO BRASILEIRO

A sociedade contemporânea está em constante evolução, especialmente quando se trata da proteção aos animais domésticos quanto às violações e maus-tratos. Nem sempre assim foi, no mundo pretérito a história é capaz de indicar a objetificação dos seres não

humanos, onde não havia a mínima preocupação quanto à saúde, dignidade, respeito e sofrimento destes. A consequência dos atos perversos provocados pela humanidade reflete severamente na natureza atual, dada a extinção de espécies que outrora eram cruciais para o saudável equilíbrio ecológico.

Assim, somente em 1635, na Irlanda, foi elaborada a primeira legislação contra a crueldade animal, a qual tinha por finalidade proibir o abuso contra as ovelhas e os cavalos¹. Em 1641, no que hoje se conhece por Estados Unidos, foi instituído o “*The Body of Liberties*”², a primeira legislação a proteger especificamente os animais domésticos na América, passando a ser proibido os atos tiranos ou cruéis contra “qualquer criatura bruta que seja mantida para o uso humano”.

No Brasil, somente em 10 de setembro de 1924, através do Decreto n. 16.590³, surgiu a primeira legislação assegurando aos animais a proteção contra eventuais atividades que lhes causassem sofrimento. À época, foram erradicadas as corridas de touro, rinhas de galo e demais crueldades. Não diferente, o Decreto n. 24.645 de 10 de julho de 1934⁴ elencou um rol de condutas consideradas maus-tratos aos animais que foram disciplinadas por meio do Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941⁵.

Com o advento da Constituição Federal de 1988⁶, conhecida como “Constituição Cidadã”, houve uma forte preocupação do Poder Constituinte Originário no que tange a proteção à fauna. A Carta Magna de 1988, através do seu art. 225, instituiu a vedação a qualquer prática que provoque a extinção de espécies ou que submetam os animais à crueldade.

A proteção constitucional foi de demasiada evolução jurídica e ensejou a Lei dos Crimes Ambientais, no ano de 1998, a qual passou a tipificar, em seu art. 32, o crime de maus-tratos não só aos animais silvestres, mas também os domésticos ou domesticados, com a pena

¹ SCHEFFER, Gisele Kronhardt. *Maus-tratos aos animais*. In.: FRANÇA, Leandro Ayres (coord.); QUEVEDO, Jéssica Veleda; ABREU, Carlos A F de (orgs.). *Dicionário Criminológico*. Porto Alegre: Editora Canal de Ciências Criminais, 2020. Disponível em: <https://www.crimlab.com/dicionario-criminologico/maus-tratos-aos-animais/47>. ISBN 978-85-92712-50-1.

² ABREU, Natasha Crhistina Ferreira. *A evolução dos Direitos dos Animais: um novo e fundamental ramo do direito*, 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/45057/a-evolucao-dos-direitos-dos-animais-um-novo-e-fundamental-ramo-do-direito>

³ BRASIL. *Decreto n. 16.590 de 10 de setembro de 1924*. Disponível <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16590-10-setembro-1924-509350-norma-pe.html>>. Acesso em: 06 abr. 2023.

⁴ BRASIL. *Decreto n. 24.645 de 10 de julho de 1934*. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24645-10-julho-1934-516837-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

⁵ BRASIL. *Decreto n. 3.688 de 3 de outubro de 1941*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 07 abr. 2023.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 abr. 2023.

de detenção, de três meses a um ano, e multa⁷.

Com a modernização dos institutos jurídicos, o Poder Legislativo percebeu que os animais domésticos, em razão do convívio constante com os humanos e os brutais casos de violação à dignidade animal, precisavam de uma maior proteção. Assim, foi editada a Lei n. 14.064⁸, nomeada Lei Sansão, em homenagem ao cão da raça pitbull que sofreu com a perversidade do homem. A norma supracitada tornou mais rigoroso o art. 32 da Lei n. 9.605 de 1988, dando aos casos de violência contra cães e gatos a pena de reclusão – de dois a cinco anos –, bem como o aumento de pena – de um sexto a um terço –, caso a conduta resulte em morte do animal.

No plano internacional, o Brasil é um país signatário da Declaração Universal dos Direitos dos Animais⁹ e se compromete, por meio desta, a exercer um direito fundamental de quarta dimensão¹⁰ quanto à proteção dos seres não humanos. A Declaração supracitada é clara e visa não só o resguardo, mas o reconhecimento de que todo animal é sujeito de direitos.

Embora a legislação penal e internacional trate a matéria com um grande afinco, de modo a erradicar as crueldades aos seres não humanos, em especial os de estimação, o direito privado não consegue acompanhar tamanha progressão e se mantém inerte ao arcaico conceito jurídico de que animal é uma mera coisa, patrimônio, objeto, quando muito um bem semovente, conforme o antigo art. 593 do Código Civil de 1916¹¹.

Em 2003, quando da substituição por um Código mais moderno, após o período de “*vacatio legis*”, o Direito Civil se reformulou perante uma sociedade mudada e mais instruída, com novos valores e relações jurídicas. Todavia, por maior que tenha sido a modernização legal, o “*status*” de direito ficou limitado as pessoas naturais e jurídicas, enquanto os “*pets*” continuaram vítimas da coisificação.

O questionamento ultrapassa o mero capricho intelectual, especialmente quando a discussão atinge a realidade das relações de família quando as partes se socorrem ao Poder Judiciário e encontram tão somente as frustrações decorrentes de um sistema defasado que lhes

⁷ BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em 07 abr. 2023.

⁸ BRASIL. Lei n. 14.064, de 29 de setembro de 2020. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14064.htm>. Acesso em 07 abr. 2023.

⁹ ONU. Declaração Universal dos Direitos dos Animais, de 27 de julho de 1978. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversaldosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>>. Acesso em 07 abr. 2023.

¹⁰ CONSULTOR JURÍDICO. *Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais>>. Acesso em 07 abr. 2023.

¹¹ BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em 07 abr. 2023

dificulta o acesso à justiça. Como é possível a satisfação das partes que conviviam em família multiespécie se no momento da extinção matrimonial são impossibilitados de discutir a guarda e os alimentos de seus “filhos de quatro patas”?

Não é minimamente razoável que as leis penais e internacionais conheçam o animal doméstico como sujeito de direitos enquanto o Direito Civil ignora absolutamente a posição jurídica destes, especialmente nas relações de família quando se quer a guarda compartilhada e os alimentos em favor dos “pets”.

O *status* dos seres não humanos vem sofrendo imensurável debate, tendo sido inclusive alvo do Projeto de Lei da Câmara n. 27, de 2018¹², que teve como objetivo de vedar o tratamento como coisa aos animais, atribuindo-os como sujeito de direitos despersonalizados, sendo conferida a natureza jurídica *sui generis*.

No mesmo sentido, a Declaração de Cambridge¹³ acredita que o peso das evidências demonstra que o *homo sapiens* não é a única espécie detentora de substratos neurológicos geradores da consciência.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a dignidade aos animais e considerou ultrapassado e insuficiente o conceito civilista que determina ser mera coisa, inclusive inadmitiu o tratamento jurídico atribuído, fixando o entendimento de que existe uma notória incongruência entre a Constituição Federal e o Código Civil¹⁴.

Por tudo isso, a partir da análise histórica exposta, é possível compreender que a natureza jurídica dos animais domésticos é alvo de intensa divergência na doutrina e na jurisprudência, contudo caminha a passos curtos para o fim da sua coisificação. Isso, porque o Poder Legislativo já entendeu que a sociedade evoluiu e necessita de uma regulamentação para com os animais domésticos, a fim de atribuir a condição *sui generis*. Não obstante, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tende a inclinar-se ao entendimento de que animal não humano é sujeito de direitos, tendo, inclusive, capacidade processual.

¹²BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara n. 27, de 2018*. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729363>>. Acesso em 07 abr. 2023

¹³LOW, Philip. *Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos*. Disponível em: <<https://www.ihu.unisinos.br/172-noticias/noticias-2012/511936-declaracao-de-cambridge-sobre-a-consciencia-em-animais-humanos-e-nao-humanos>>. Acesso em 07 abr. 2023

¹⁴GONZAGA, Henrique de Araújo. PAVLOVSKY, Rebeca Stefanini. *Decisões judiciais reconhecem a capacidade de ser parte dos animais em âmbito jurídico*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/367655/capacidade-de-ser-parte-dos-animais-em-ambito-juridico>>. Acesso 07 abr. 2023

2. A FAMÍLIA MULTIESPÉCIE À LUZ DA SOCIEDADE BRASILEIRA

No Brasil, o modelo familiar ultrapassou a barreira tradicional “homem e mulher”. O conceito de família, atualmente, suprimiu o tradicionalismo e passou a ser visto como um conceito axiologicamente aberto no tempo e no espaço, podendo nela ser incluída uma diversidade de modelos interligados por um sistema sanguíneo ou emocional.

Assim, a família multiespécie passou a tomar espaço na sociedade brasileira, especialmente ao fim do Século XX, quando os animais de estimação começaram a obter uma função de “amigo de 4 patas”¹⁵.

Portanto, para compreender a família multiespécie é importante aludir os apontamentos divergentes daqueles usualmente aduzidos por parte dos grandes autores que escrevem sobre o ramo do direito familiar. Bowen trata da terminologia fixada à ideia do afeto, não apenas o sangue. O autor, defensor da tese da família extensiva, a partir de seu entendimento, qualquer laço afetivo extensivo pode ser considerado família. Enquanto Faraco, por sua vez, define o modelo família, ora supramencionado, como aquele que se reconhece tanto humanos quanto animais em seu vínculo, onde ambas as espécies convivem respeitosamente, com as devidas interações¹⁶.

Por conseguinte, em pesquisa realizada pela Radar *Pet* 2021, foi constando que o cidadão brasileiro passou preferir um ambiente familiar com *pets* ao invés dos tradicionais descendentes. Na edição de 2021 desta pesquisa mostrou que, das casas que têm cachorros, 21% delas são de casas sem filhos (contra 9% de casas com pessoas morando sozinhas e 65% de casas com filhos). Das casas que têm gatos, 25% delas são de casais sem filhos (contra 17% de casas com pessoas morando sozinhas e 55% de casas com filhos)¹⁷.

Por isso, o convívio com a multiplicidade de animais de origens distintas é uma realidade que só tende a colapsar enquanto não for reconhecido o animal de estimação sujeito de direito, principalmente na “patrimonialização” da vida.

Deve ser compreendido desde já que o animal de estimação é um ser vivo que detém de senciência – sofrer, ama, tem ansiedade, sentimentos no geral – e não pode jamais ser limitado ao *status* “coisificado”. Isso porque, dentro da modelo familiar aludido, há uma similar

¹⁵ REVISTA FT. *família multiespécie*: a guarda de animais de estimação após a ruptura do vínculo conjugal à luz da jurisprudência brasileira. Disponível em <<https://revistaft.com.br/familia-multiespecie-a-guarda-de-animais-de-estimacao-apos-a-ruptura-do-vinculo-conjugal-a-luz-da-jurisprudencia-brasileira/>>. Acesso em 5 out. 2023.

¹⁶ LIMA, Maria Helena Costa de Araújo. *Considerações sobre a Família Multiespécie*. 22f.. Disponível em <<https://docplayer.com.br/9735211-Consideracoes-sobre-a-familia-multiespecie.html>>. Acesso em 10 ago. 2023.

¹⁷ O Globo < <https://g1.globo.com/pop-arte/pets/noticia/2022/01/14/cada-vez-mais-brasileiros-veem-pets-como-filhos-tendencia-criticada-pelo-papa.ghtml>>. Acesso em 10 ago. 2023.

“humanização” do ser não racional, sendo absolutamente normal – por parte dos tutores – buscar a atenção do animal doméstico chamando-o de filho.

Não obstante, a celebração de datas comemorativas, em especial o aniversário dos *pets*, se tornou outro fator absolutamente corriqueiro no fenômeno humanizador do ser domesticado, o que por si só comprova o afeto humano-familiar para com o querido bichinho. Em rápida pesquisa na *internet*, contemporaneamente, é constatável a listagem imensurável de sítios fornecendo dicas e maneiras distintas para realizar o evento anual dos bichos, tratando-os, em paráfrase, como “parte da família”¹⁸.

Por sua vez, quando se fala em família, é natural que o indivíduo mediano associe ao anseio do lar ao ambiente de afeto e zelo. Por qual razão deve ser diferente quando se aborda a temática da família multiespécie? Há amor, muito carinho, um sentimento inigualável dos animais domésticos para com os respectivos tutores. Não é minimamente correto ignorar o reconhecimento familiar já existente na sociedade brasileira.

É reiteradamente visível que a posição do animal doméstico como membro familiar é um caminho amplo e objetivo para o pleno reconhecimento da família multiespécie. Archer afirma que as sociedades modernas do ocidente são habituadas a dispor vasto tempo, zelo e verbas econômicas com animais de estimação¹⁹

Conforme o voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze, no REsp 1.944.228, o impasse sobre quem deve ser ou não o tutor do animalzinho inserido no lar familiar durante a relação conjugal não pode ser resolvido através da superveniente venda do ser não racional ou equipará-los a outros bens móveis. Isso porque, de acordo com o que entendeu o Superior Tribunal de Justiça, o animal de estimação sente o afeto humano e, por isso, não é possível ignorá-lo.²⁰

Em sentido similar, o Poder Legislativo entendeu que a inércia ou a fixação ao tempo remoto não é o caminho mais sábio para abordar tema, uma vez que a evolução do mundo e das relações de família passaram a agregar um importante valor na norma jurídica nacional.

Nesse caminho, foi editado o Projeto de Lei 179/23²¹, em que passa a prevê, além de

¹⁸ GUIA DO FILHOTE. *Aniversário pet – dicas para a organização da festa* < <https://www.specialdog.com.br/portalpet/aniversario-pet-dicas-para-a-organizacao-da-festa>>. Acesso em 10 ago. 2023

¹⁹ ARCHER, John. *Why do people love their pets?*. Disponível em < <https://docplayer.com.br/9735211-Consideracoes-sobre-a-familia-multiespecie.html>>. Acesso em 10 ago. 2023.

²⁰ STJ. *Animais de estimação: um conceito jurídico em transformação no Brasil*. Disponível em < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/21052023-Animais-de-estimacao-um-conceito-juridico-em-transformacao-no-Brasil.aspx#:~:text=Neste%20ano%2C%20a%20C%3%A2mara%20dos,participa%20o%20n%20testamento%20do%20tutor.>>. Acesso em 10 ago. 2023.

²¹ AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Projeto de Lei 179/23. Projeto regulamenta a família multiespécie,

uma vasta quantidade de regulamentações ao animal doméstico, o reconhecimento formal da família multiespécie.

No projeto supramencionado, um dos objetivos é garantir ao ser não racional o devido acesso à justiça para a defesa ou reparação de danos materiais, existências e morais, aos direitos individuais e coletivos, em especial na hipótese da extinção superveniente do vínculo matrimonial. O tutor será o legitimado, podendo ser assistido pela Defensoria Pública.

A medida visa garantir ao *pet* o *status* familiar, incluindo a estes a possibilidade de direito sucessório, no intuito de garantir-lhe o efetivo gozo e bem-estar, cabendo até mesmo o testamento e sendo o tutor o responsável para administrar os bens e prestar contas sobre eles em juízo²².

Neste diapasão, a sociedade como um todo passa por constante mutação entre gerações, uma vez que a multiplicidade de modelos de família seria algo obsoleto se fosse abordado em tempos mais remotos. Hoje, seja pelo fenômeno da globalização, seja pela vertente da mutação constitucional, o objeto da família sofreu demasiada alteração ao longo do tempo, passando a ser admitido formas e maneiras distintas. Fala-se, popularmente, a busca da felicidade.

Não pode, portanto, o Estado, dentro da sua perspectiva imperialista, determinar ao cidadão o que pode e o que não pode ser considerado família. Vale ressaltar que o conceito é axiológico e aberto, podendo abranger várias vertentes e ser atualizado no decorrer da evolução popular.

Dizer ao indivíduo que cria o seu animalzinho como se filho fosse, que o alimenta, que frequenta os melhores “*pet shops*” e não mede esforços para se sentir realizado em ver o seu pobre filho de quatro patas feliz, é desproteger este cidadão das normas protetivas do direito de família.

O animal de estimação, conforme já supramencionado, é visto como um filho e recebendo o devido tratamento como se sanguíneo fosse convivendo a rotina do tutor, criando-se no lar um vínculo de amor e compaixão entre os seres racionais e os não racionais, habitando-os, estes, ao corpo estrutural e axiológico do ambiente parental.

Vale citar Calmon de Oliveira, o qual explica com a maior sutileza o fenômeno da

formada por animais domésticos e seus tutores. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2346910>>. Acesso em 5 out. 2023.

²² AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *Projeto regulamenta a família multiespécie, formada por animais domésticos e seus tutores*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/939334-projeto-regulamenta-a-familia-multiespecie-formada-por-animais-domesticos-e-seus-tutores/>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

substituição dos filhos pelos animais de estimação, ao apreciar que devido à não estabilidade dos vínculos matrimoniais, foi reduzido ao longo do tempo o número de nascimentos de crianças nas classes médias, tornando-se, então, presente, o cão como ponte mediadora entre os conviventes, e diversas vezes no espaço que uma criança ocuparia. Ainda segundo o autor, as complicações do relacionamento entre os seres humanos tornam o animal um fator elementar com grande potencial de proporcionar afetividade sem produzir prejuízos ou riscos²³.

Por fim, o reconhecimento da família multiespécie é imprescindível e necessário, visto que, além de ser uma evolução natural, é imprescindível garantir aos tutores e aos animais domésticos a correta proteção quanto à sua classe e vertente de família.

3. A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA NA PROTEÇÃO DA TUTELA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

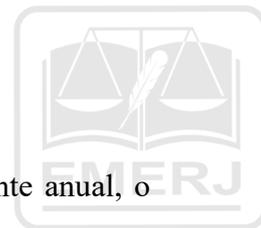
Não é novidade que o animal doméstico ultrapassou a barreira da mera coisa e se tornou um sujeito de direitos, sendo alvo de constantes embates no Poder Judiciário, em especial o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A guarda compartilhada dos *pets* e o reconhecimento da família multiespécie são duas incontestáveis maneiras de evidenciar a evolução da sociedade brasileira contemporânea para com a temática.

A ampliação dos modelos de família destaca a falha estrutural e a precariedade legislativa quanto à proteção e segurança jurídica nas demandas envolvendo o direito familiar, em especial aquelas que envolvem os seres não humanos.

Fato é que o popular “filho de 4 patas”, embora tamanha evolução dentro da jurisprudência, ainda recebe o *status* coisificado, o que torna necessária formação de uma lei específica para a devida proteção não só ao animal doméstico, mas a família como um todo.

Para se ter uma ideia, o impacto dos seres não humanos na economia brasileira é extremamente significativo. Isso porque, conforme a Associação Brasileira da Indústria de Produtos de Animais de Estimação – ABINPET, o Brasil é detetor da quarta maior população de animais domésticos em todo o globo, tendo sido faturado, somente em 2015,

²³ OLIVEIRA, Samantha Brasil Calmon de. Sobre homens e cães: *Um estudo antropológico sobre afetividade, consumo e distinção*. Disponível em: <http://patastherapeutas.org/wp-content/uploads/2015/07/Estudo_an...pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.



aproximadamente R\$ 18 bi (dezoito bilhões de reais)²⁴. Se considerar a crescente anual, o mercado dos bichinhos supera em demasiado a pesquisa exposta.

Conforme já explicitado no capítulo anterior, o Projeto de Lei 179/23²⁵ visa preencher tal lacuna legislativa, uma vez que tem por diretriz o reconhecimento dos animais de estimação como detentores de direitos, bem como pertencentes ao tipo familiar denominado multiespécie.

Interromper a cultura coisificada do animal, no ordenamento jurídico pátrio, será de vasta relevância à sociedade, uma vez que passará a alterar significativamente os parâmetros decisórios dos vistosos Tribunais espalhados pelo território brasileiro, especialmente no que tange à dissolução matrimonial e a guarda compartilhada²⁶.

Destaque-se o voto do Min. Luís Felipe Salomão, em processo que abordou a temática, onde entendeu ser plausível o direito de visita do tutor ao animal doméstico após a extinção do vínculo conjugal. Disse o Ministro: “Não é um tema menor ou bizarro ou que possa parecer diminuído pelo fato de se discutir aqui a relação afetiva. Nós vivemos em um tempo em que esses casos são recorrentes. É um tema relevante, envolve paixão, sentimento, dignidade dos conviventes de modo que eu não consigo verificar impedimento, vejo necessidade de a corte se debruçar neste tema. É um tema do momento, da pós-modernidade.”²⁷.

O processo supramencionado, por razões legais, foi mantido em segredo de justiça. Entretanto, é sabido que o casal constituiu uma união estável que durou por aproximadamente sete anos; adotavam um regime de comunhão universal; obtiveram um *pet* na constância conjugal. É verificável, por conseguinte, que quem recorreu ao Poder Judiciário foi o companheiro que saiu do lar, sob alegações de que foi obstado de realizar aproximações ao *pet*, com o qual havia construído um vínculo de zelo, carinho e afeto durante a convivência

A decisão extintiva prolatada afirmou que ao ser não humano não é permitida aplicar a analogicamente a ideia de filiação, quiçá circunstâncias como visitação. Embora a decisão retro, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, diferente entendeu, pois aplicou, por

²⁴ ABINPET. Associação Brasileira da Indústria de Produtos de Animais de Estimação. Setor pet chega a R\$ 18 bilhões em 2015, mas não sem os efeitos da crise. Disponível em: <<http://abinpet.org.br/setor-pet-chega-a-r-18-bilhoes-em-2015-mas-nao-sem-os-efeitos-da-crise/>>. Acesso em 12 set. 2023.

²⁵ AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Projeto de Lei 179/23. Projeto regulamenta a família multiespécie, formada por animais domésticos e seus tutores. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/939334-projeto-regulamenta-a-familia-multiespecie-formada-por-animais-domesticos-e-seus-tutores/>>. Acesso em 12 set. 2023.

²⁶ COELHO, Gabriela. STJ se divide sobre dever de o Judiciário regulamentar guarda de animais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-23/stj-divide-dever-judiciario-regular-guarda-animais>>. Acesso em 12 set. 2023.

²⁷ COELHO. *ibid* apud SALOMÃO.



analogia, o que versa o ordenamento jurídico sobre a guarda da criança e do adolescente.

Neste diapasão, a 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu, no processo n. 2052114-52.2018.8.26.0000, pela competência das Varas de Família para discutir lides relativas à guarda e à visita de animais de estimação²⁸.

É notória a necessidade da criação da Lei que admite os direitos à tutela do animal de estimação como um sujeito detentor de sentimentos, merecedor de respeito e valor estatal, da mesma maneira que se deve reconhecer a necessidade dos tutores que, em razão dos acasos matrimoniais, tomam caminhos distintos no grande labirinto chamado vida.

Assim, o Projeto de Lei n. 179/23 prevê não somente o reconhecimento da modalidade multiespécie familiar, contudo, também a vedação aos maus-tratos e a hipótese de *pets* herdeiros, com o intuito de assegurar o bem-estar do animal.

No entanto, anterior ao supramencionado projeto legal, em 2021 foi apresentado o Projeto de Lei n. 4.375/21²⁹, que trouxe em sua principal diretriz a regulamentação da guarda compartilhada aos animais de estimação, pensando diretamente nos *pets* que sofrem com o divórcio de seus tutores. Assim, nos termos do projeto, dever-se-ia aplicar as disposições de guarda, no que couber, aos animais de estimação, inclusive a obrigação de auxiliar em sua manutenção. Isto é, o Ilmo. Deputado Federal, autor do projeto, reconheceu que o ordenamento jurídico brasileiro não acompanhou a evolução do conceito de família, devendo ser garantido, aos animais, o direito de convivência com o seu tutor que saiu do lar, bem como a devido auxílio nas despesas, o que equiparar-se-ia à prestação alimentar.

A necessidade da regulamentação demanda urgência, visto que a esfera familiar não pode se limitar ao arcaico e conservador pensamento de que família se limita ao homem e mulher. Animais são sencientes, sofrem e amam; criam vínculos; sentem as perdas.

Se o Poder Judiciário, com o seu prisma respeitoso, é capaz de julgar no sentido abrangente, é dever do Poder Legislativo sair de sua inércia e organizar devidamente a tutela dos animais de estimação.

Desta maneira, através da legislação específica-protetiva, poder-se-á pensar na adequada segurança jurídica, onde os julgadores não mais usarão da criatividade e analogia para solucionar a crise jurídica instaurada sobre a possibilidade ou não do reconhecimento da

²⁸ MIGALHAS. A 7ª câmara de Direito Privado do TJ/SP decidiu que é de competência de vara de Família discussão sobre a guarda compartilhada de animais. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180514-01.pdf>>. Acesso em 5 out. 2023

²⁹ BRASIL. *Projeto de Lei 4.375/21*. Prevê a guarda compartilhada de animais de estimação e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2121943&filename=PL%204375/2021>. Acesso em 13 set. 2023.

família multiespécie e a aplicabilidade das normas do direito familiar, em que pese: a guarda compartilhada do ser não humano e a prestação de alimentos em favor deste, quando da superveniente extinção do vínculo matrimonial.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho buscou-se destacar que o modelo de família contemporâneo apresenta, inevitavelmente, a participação de ao menos um animal doméstico na maioria das residências brasileiras, tendo este uma função primordial no elo de todos os conviventes do lar.

Verificou-se que a omissão estatal para com uma lei específica que tutele os direitos dos animais de estimação acarretam em reflexos negativos, desgastantes e aversivos para todos os conviventes após a superveniência da dissolução do vínculo conjugal, em especial ao *pet* que sofre com a contemporânea coisificação de sua natureza jurídica.

Por isso, foram abordados e apontados os embates existentes entre o Código Civil – com o seu viés conservador sobre a temática – e as leis especiais que visam tutelar o direito dos animais de estimação, bem como os tratam como indivíduos sencientes.

Para alçar os fundamentos expostos pela doutrina e jurisprudência, assim como possível solução a problemática elencada, foi necessário tecer comentários quanto a Constituição Federal, o Código Penal, a Lei de Proteção à Fauna, a Declaração dos direitos dos Animais, os quais, embora guardem tais diplomas normativos de vasta proteção ao ser não humano, infelizmente não esgotam a real necessidade dos *pets*, especialmente quanto aos direitos decorrentes das relações conjugais de seus tutores.

A pesquisa possibilitou perquirir o reconhecimento da família multiespécie no ordenamento jurídico brasileiro, sendo suscitado, inclusive, o Projeto de Lei n. 4.375/21, o qual tentou significativamente regulamentar a guarda dos animais de estimação à luz do direito das famílias.

Sob a ótica dos anseios legislativos, explanou-se o Projeto de Lei n. 179/23, que tem por objetivo preencher um vazio legal ao reconhecer os animais de estimação como detentores de direitos, bem como pertencentes ao tipo familiar supramencionado. Os bichos domesticados não mais serão – através deste projeto legislativo – objetificados, sobretudo passarão a ter um viés humanizado, de modo a possuir uma mínima garantia de pertencimento a um lar e a dignidade perante à sociedade.

Cristalina ficou a divergência do tema perante ao ordenamento jurídico pátrio, ante a



inexistência de uma lei específica produzindo efeitos, bem como o reconhecimento do Supremo Tribunal de Justiça quanto a sua relevância, já que a problemática diz respeito a um sentimentalismo aflorado e trata diretamente da dignidade dos conviventes em reflexo ao pós-modernismo.

Também foi trazido à tona a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual aplicou, por analogia, no processo n. 2052114-52.2018.8.26.0000, o que versa o ordenamento jurídico sobre a guarda da criança e do adolescente, assim como igualmente entendeu pela competência das Varas de Família para discutir lides relativas à guarda e à visita de animais de estimação.

Mais acertada, contudo, é a possível solução evidenciada no capítulo final. Objetivou-se indicar que a problemática que gira em torno dos efeitos da ausência legal traz consigo a consequência da insegurança jurídica aos não mais conviventes, os quais, além de passar pelos danos psicológicos que acompanham a extinção de um vínculo matrimonial, também acabam por serem limitados ao arcaico entendimento de família exclusiva ao homem e a mulher, enquanto observam – sem nada poder fazer – a legislação brasileira tratar o seu “filho de quatro patas” como um mero objeto.

Desta maneira, após toda a análise dos tópicos elencados, chegou-se ao resultado de que a mudança da natureza jurídica dos animais de estimação no Direito Civil é extremamente necessária e urgente, visto que, da alteração, o Poder Judiciário acompanhará as mudanças, a fim de melhor sanar os anseios da sociedade.

Imperiosa foi a tarefa de compreender a necessidade do reconhecimento da família multiespécie e a demasiada urgência do Poder Legislativo sair de sua inércia, a fim de aniquilar o vazio legal e elaborar uma norma que passe a abordar objetivamente e respeitosa o modelo familiar inclusivo aos *pets*, bem como também a modalidade de guarda e alimentos destes quando da dissolução matrimonial superveniente de seus tutores.

Somente assim será possível obter alguma segurança jurídica nas tantas e tantas demandas envolvendo a temática e que batem à porta do Poder Judiciário atrás de uma digna solução.

REFERÊNCIAS

ABINPET. Associação Brasileira da Indústria de Produtos de Animais de Estimação. Setor pet chega a R\$ 18 bilhões em 2015, mas não sem os efeitos da crise. Disponível em: <<http://abinpet.org.br/setor-pet-chega-a-r-18-bilhoes-em-2015-mas-nao-sem-os-efeitos-da-crise/>>. Acesso em 12 set. 2023.

ABREU, Natasha Crhistina Ferreira. A evolução dos Direitos dos Animais: um novo e fundamental ramo do

direito, 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/45057/a-evolucao-dos-direitos-dos-animais-um-novo-e-fundamental-ramo-dodireito>>. Acesso em: 06 abr. 2023.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Projeto de Lei 179/23. Projeto regulamenta a família multiespécie, formada por animais domésticos e seus tutores. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/939334-projeto-regulamenta-a-familia-multiespecie-formada-por-animais-domesticos-e-seus-tutores/>>. Acesso em 12 set. 2023.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Projeto regulamenta a família multiespécie, formada por animais domésticos e seus tutores. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/939334-projeto-regulamenta-a-familia-multiespecieformada-por-animais-domesticos-e-seus-tutores/>>. Acesso em 10 ago. 2023.

ARCHER, John. *Why do people love their pets?*. Disponível em < <https://docplayer.com.br/9735211-Consideracoessobre-a-familia-multiespecie.html>>. Acesso em 10 ago. 2023.

BBC. *Cada vez mais brasileiros veem pets como filhos, tendência criticada pelo papa*. Disponível em: < <https://g1.globo.com/pop-arte/pets/noticia/2022/01/14/cada-vez-mais-brasileiros-veem-pets-como-filhos-tendencia-criticada-pelo-papa.ghtml>>. Acesso em 10 ago. 2023.

BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> . Acesso em 07 abr. 2023.

_____. Projeto de Lei 4.375/2021. Prevê a guarda compartilhada de animais de estimação e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2121943&filename=PL%204375/2021>. Acesso em 13 set. de 2023.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Animais de estimação: um conceito jurídico em transformação no Brasil. Disponível em < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/21052023-Animais-de-estimacao-um-conceitojuridico-em-transformacao-noBrasil.aspx#:~:text=Neste%20ano%2C%20a%20C%3%A2mara%20dos,participa%20C%3%A7%20C%3%A3o%20no%20testamento%20do%20tutor.>>. Acesso em 10 ago. 2023.

_____. *Decreto n. 16.590* de 10 de setembro de 1924. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16590-10-setembro-1924-509350-norma-pe.html>> . Acesso em: 06 abr. 2023.

_____. *Decreto n. 24.645* de 10 de julho de 1934. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24645-10-julho-1934-516837-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

_____. *Decreto n. 3.688* de 3 de outubro de 1941. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm#:~:text=Fabricar%2C%20importar%2C%20exportar%2C%20ter,a%20ordem%20pol%C3%ADtica%20ou%20social.> . Acesso em: 07 abr. 2023.

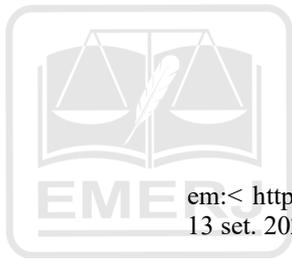
_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 07 abr. 2023.

_____. *Lei n. 9.605*, de 12 de fevereiro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em 07 abr. 2023.

_____. *Lei n. 14.064*, de 29 de setembro de 2020. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14064.htm>. Acesso em 07 abr. 2023.

_____. Projeto de Lei da Câmara n. 27, de 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggeter/documento?dm=7729363>>. Acesso em 07 abr. 2023

COELHO, Gabriela. *STJ se divide sobre dever de o Judiciário regulamentar guarda de animais*. Disponível



em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-23/stj-divide-dever-judiciario-regular-guarda-animais>>. Acesso em 13 set. 2023.

CONSULTOR JURÍDICO. *Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional-animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais>>. Acesso em 07 abr. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETO, Felipe ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 6ª ed. Juspodvm, 2021.

GONZAGA, Henrique de Araújo. PAVLOVSKY, Rebeca Stefanini. Decisões judiciais reconhecem a capacidade de ser parte dos animais em âmbito jurídico. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/367655/capacidade-de-serparte-dos-animais-em-ambito-juridico>>. Acesso 07 abr. 2023

GUIA DO FILHOTE. Aniversário pet – dicas para a organização da festa <<https://www.specialdog.com.br/portalpet/aniversario-pet-dicas-para-a-organizacao-da-festa>>. Acesso em 10 ago. 2023

LIMA, Maria Helena Costa de Araújo. Considerações sobre a Família Multiespécie. 22f. Artigo Científico. Disponível em . Acesso em 10 ago 2024. 2 O Globo < <https://g1.globo.com/pop-arte/pets/noticia/2022/01/14/cada-vez-mais-brasileiros-veem-pets-como-filhostendencia-criticada-pelo-papa.ghtml>>. Acesso em 10 ago. 2023

LOW, Philip. *Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos*. Disponível em: <<https://www.ihu.unisinos.br/172-noticias/noticias-2012/511936-declaracao-de-cambridge-sobre-a-consciencia-em-animais-humanos-e-nao-humanos>>. Acesso em 07 abr. 2023

MIGALHAS. *A 7ª câmara de Direito Privado do TJ/SP decidiu que é de competência de vara de Família discussão sobre a guarda compartilhada de animais*. Disponível em:<<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180514-01.pdf>>. Acesso em 5 out. 2023

OLIVEIRA, Samantha Brasil Calmon de. *SOBRE HOMENS E CÃES: Um estudo antropológico sobre afetividade, consumo e distinção*. 2006. Disponível em: <http://patasterapeutas.org/wp-content/uploads/2015/07/Estudo_an...pdf> . Acesso em: 10 ago. 2023.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*, de 27 de julho de 1978. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversalDosDireitosDosAnimaisBruxelas1978.pdf>> Acesso em 07 abr. 2023.

REVISTA FT. *família multiespécie: a guarda de animais de estimação após a ruptura do vínculo conjugal à luz da jurisprudência brasileira*. Disponível em < <https://revistaft.com.br/familia-multiespecie-a-guarda-de-animais-de-estimacao-apos-a-ruptura-do-vinculo-conjugal-a-luz-da-jurisprudencia-brasileira/>>. Acesso em 5 out. 2023.

SCHEFFER, Gisele Kronhardt; FRANÇA, Leandro Ayres; QUEVEDO, Jéssica Veleda; ABREU, Carlos A F de (orgs.). *Maus-tratos aos animais*. Dicionário Criminológico. Porto Alegre: Editora Canal de Ciências Criminais, 2020. Disponível em: <<https://www.crimlab.com/dicionario-criminologico/maus-tratos-aos-animais/47>. ISBN 978-85-92712-50-1> . Acesso em: 06 abr. 2023.



O CONTROLE SOCIAL DESEMPENHADO PELOS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL

Marcelo Costa Lopes Junior

Graduado pela Unigranrio. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Imobiliário e Notarial pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Resumo – a Constituição da República de 1988 prestigiou a descentralização administrativa e a democratização na formulação, execução e controle das políticas públicas. Os Conselhos setoriais são órgãos essenciais para a participação popular e controle social, representando um espaço importante para assegurar eficiência aos serviços públicos, em especial no âmbito local. Esse artigo é fruto de uma pesquisa cujo intuito é abordar as vantagens e desafios da participação popular e *accountability* na gestão pública municipal. Trata-se de uma abordagem sob a ótica do princípio da eficiência e os Conselhos de Políticas Públicas Municipais.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Conselhos de políticas públicas. Controle Social de Políticas Públicas. Princípio da eficiência.

Sumário – Introdução. 1. A sistemática do controle social na Constituição da República de 1988. 2. O princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Os Conselhos de Políticas Públicas Municipais como ferramenta de efetivação do princípio da eficiência no âmbito municipal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o controle social desempenhado pelos conselhos de políticas públicas no âmbito municipal. Procura-se demonstrar a importância desses órgãos e da participação popular para a efetivação do princípio constitucional da eficiência na administração pública municipal, considerando a complexidade da gestão local.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir o impacto dos conselhos de políticas públicas diante do princípio da eficiência.

A Constituição da República de 1988, até como reação ao período autoritário no país, alçou a participação direta do povo a um patamar elevado. Dentro dessa nova sistemática, a participação na formulação e fiscalização de políticas públicas ganhou mecanismos para ser feita independentemente de intermediário político, dentre eles os conselhos de políticas públicas.

Os conselhos de políticas públicas, também denominados de conselhos de direitos ou conselhos gestores de políticas setoriais, são órgãos colegiados, permanentes e deliberativos,

com a atribuição, geral, de formulação, supervisão e de avaliação das políticas públicas no âmbito federal, estadual e municipal.

Dessa forma, se faz necessário o entendimento adequado do papel a ser desempenhado pelos conselhos sob a ótica do princípio constitucional da eficiência.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a posição do controle social dentro da Constituição da República e onde se situam os Conselhos de Políticas Públicas Municipais nesse sistema.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, como o princípio da eficiência está inserido no ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro capítulo pesquisa como os conselhos de políticas públicas municipais se relacionam com o princípio da eficiência no âmbito da administração municipal.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, em que o pesquisador seleciona hipóteses que acredita serem aplicáveis à análise do objeto da pesquisa, com a finalidade de comprovar ou rejeitar os argumentos inicialmente propostos.

1. SISTEMÁTICA DO CONTROLE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A Constituição de 1988, norma fundadora e estruturante do atual ordenamento jurídico pátrio, adotou a república como forma de governo para o Brasil, repudiando o passado monárquico. A república, que melhor se adéqua à democracia vigente, é marcada pela independência e harmonia entre os poderes, bem como pela responsabilidade e alternância dos representantes.

A Constituição também enuncia já no seu primeiro artigo que a administração da coisa pública deve ser feita de forma representativa ou participativa. Trata-se do princípio democrático, em que o povo figura como titular do poder e, portanto, deve ser protagonista nas decisões a serem tomadas.

Ingo Sarlet¹ destaca na passagem a seguir a importância do princípio democrático em relação à proteção necessária para as minorias:

[...] democracia não pode resultar em arbítrio de maiorias sobre minorias (as assim chamadas ditaduras majoritárias), inclusive – mas não apenas por isso – pelo fato de que em grande parte dos casos as maiorias obtidas são bastante exíguas, o que se

¹SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 125.

agrava ainda mais quando se trata de maioria simples. Por isso o princípio democrático pressupõe e impõe o respeito pelas minorias e mesmo a sua proteção e promoção. A proteção das minorias não se limita, portanto, ao mero fato de poderem participar do processo deliberativo e – sendo derrotadas – resignar-se a uma mera submissão à vontade majoritária e ao consenso sempre relativo daí resultante.

Em decorrência desses princípios constitucionais, o controle administrativo é imperativo para que a república e a democracia sejam realmente efetivas. Assim ensina a eminente professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao abordar conceito e abrangência do controle, destacando o papel do administrado nessa atividade:

No exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre os próprios atos.

Esse controle abrange não só os órgãos do Poder Executivo, incluindo a administração direta e a indireta, mas também os dos demais Poderes, quando exerçam função tipicamente administrativa; em outras palavras, abrange a Administração Pública considerada em sentido amplo.

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele à medida que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. É esse, provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular.²

O controle da administração pública pode ser interno ou externo. Possui diversas espécies podendo ser administrativo, legislativo ou judicial. Quanto ao momento, pode ser prévio, concomitante ou posterior. Ainda pode ser feito o controle pela ótica política, jurídica, financeira ou administrativa.

A fiscalização é feita das mais diversas formas pelo Ministério Público, Tribunais de Contas, Casas Legislativas e mesmo pelas estruturas internas dos órgãos públicos, por exemplo.

Merece destaque aqui a participação cidadã direta na formulação, fiscalização e monitoramento de políticas públicas independentemente de intermediário político. São exemplos desse tipo de participação o plebiscito, a ação popular, as audiências públicas, conferências e os conselhos de políticas públicas, objeto de estudo do presente trabalho.

²PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 26 abr. 2023.



É nesse contexto que a participação e o controle social aparecem na Constituição da República como direitos.

Nesse sentido, se faz necessário delimitar minimamente o que se entende por controle social, uma vez que o termo pode aparecer com certa ambiguidade.

Algumas vezes aparecendo como o controle estatal sobre a sociedade, entretanto aqui estudado como a participação do cidadão na formulação, fiscalização e monitoramento das políticas públicas.

Sobre o controle social, Norberto Bobbio³ destaca em sua obra:

Por Controle social se entende o conjunto de meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo.

Scatena e Assis⁴ definem o controle social da seguinte forma:

Controle social consiste, portanto, em canais institucionais de participação na gestão governamental, com a presença de novos sujeitos coletivos nos processos decisórios, não se confundindo com os movimentos sociais que permanecem autônomos em relação ao Estado.

A participação popular na administração pública é mencionada no art. 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos no sentido de que todo ser humano tem direito de tomar parte no governo de seu país e que a vontade do povo será baseada a autoridade do governo.

O controle social representa importante instrumento para as classes populares menos favorecidas, normalmente excluídas dos processos de tomada de decisão, participarem da gestão pública.

Aqui, merecem destaque as organizações da sociedade civil, que são entidades privadas sem fins lucrativos, ou seja, desenvolvem ações de interesse público e não objetivam o lucro. São compostas por organizações sociais, associações, fundações e outras entidades similares sem fins lucrativos.

³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; Parquino, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. Coord. da tradução João Ferreira. Brasília, São Paulo: Unb, Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 283.

⁴ ASSIS, Marluce Maria A; SCATENA, Tereza Cristina. *O Controle Social e a Democratização da Informação: Um Processo em Construção*. Disponível em: www.revistas.usp.br/rlae/article/download/1779/1824 . Acesso em: 26 abr. 2023.

São agentes fundamentais na legitimação e promoção da defesa de direitos, das questões sociais, políticas, ambientais e econômicas.

O tema é objeto da Lei n. 13.019/2014, chamada de Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), que representa uma agenda ampla cujo objetivo é aperfeiçoar o ambiente jurídico e institucional relacionado às organizações da sociedade civil organizada e suas parcerias com o Estado.

Essa Lei possui papel central na temática das organizações da sociedade civil, sua colaboração com a Administração Pública e o controle social. No art. 2º, inciso IX, da Lei n. 13.019/2014 consta uma definição legal para os Conselhos de Políticas Públicas nos seguintes termos⁵: “conselho de política pública: órgão criado pelo poder público para atuar como instância consultiva, na respectiva área de atuação, na formulação, implementação, acompanhamento, monitoramento e avaliação de políticas públicas.”.

Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC) estrutura-se em três eixos: contratualização com o poder público, sustentabilidade e certificação; e conhecimento e gestão de informações.

Além da fiscalização pela administração pública e pelos órgãos de controle, a execução das parcerias firmadas sob a égide dessa legislação deve ser devidamente acompanhada e fiscalizada pelos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes em cada esfera governamental.

Dessa forma, o controle social se apresenta como importante garantia para a implementação adequada das diretrizes e princípios constitucionais que devem nortear a administração pública, notadamente a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tradicionalmente o Brasil adota o sistema da *Civil Law*, preponderando o positivismo jurídico como principal fonte normativa. Buscou-se no positivismo filosófico a aproximação da ciência jurídica com as ciências naturais, sob argumento de uma busca por segurança e estabilidade jurídica.

⁵BRASIL. *Lei n. 13.019/14*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm>. Acesso em: 30 nov. 202

Entretanto, o excesso de legalismo acríptico apresentou diversos problemas, como a possibilidade de disfarçar e fundamentar governos autoritários.

Nesse sentido, surgiu a necessidade de que o Direito fosse conduzido a partir de uma interpretação crítica do intérprete e mais ajustada à realidade, o que culminou com um ganho de densidade jurídica pelos para os princípios jurídicos.

Os princípios são normas jurídicas de caráter geral e de elevada carga valorativa. Até metade do século XX, os princípios eram considerados como fontes secundárias e meramente supletivas, o que mudou com o surgimento do pós-positivismo.

O Pós-positivismo alçou diversos princípios dos Códigos para as Constituições, o que lhes atribuiu carga e *status* de normas jurídicas propriamente ditas.

Nas palavras do professor Rodolfo Kronenberg Hartmann⁶:

Assim, em razão do intento de se atender mais satisfatoriamente aos ideais de justiça, de equidade ou mesmo de qualquer outra dimensão da moral, é que se reconhece a importância cada vez maior dos princípios na aplicação da moral, é que se reconhece a importância cada vez maior dos princípios na aplicação diuturna da ciência jurídica pelos profissionais do Direito, já que é sabidamente impossível confiar apenas ao legislador a árdua missão de regular todas as situações possíveis no mundo fático. Observa-se, assim, uma crescente normatividade dos princípios, que não necessariamente devem ser apenas considerados como fontes normativas subsidiárias, ou como meras normas secundárias destinadas a complementar o conteúdo das normas primárias quando estas forem omissas. Muito pelo contrário, atualmente, já se reconhece que os princípios, pelo menos os constitucionais, representam as traves-mestras do sistema jurídico, cujos efeitos se irradiam sobre as diferentes normas, servindo de balizamento para a interpretação de todo o setor do ordenamento em que radicam. E, em abono a esta constatação, seria até mesmo correto concluir que violar um princípio é muito mais grave do que violar uma regra jurídica, uma vez que a desatenção ao princípio acarreta uma violação a todo o sistema de comandos.

Tradicionalmente, os princípios basilares do Direito Administrativo são a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público. Dessa forma, no regime jurídico-administrativo, os bens e interesses não se encontram entregues à livre disposição da vontade do administrado, que deve sempre observar o interesse da coletividade de forma preponderante em relação ao interesse do particular.

A Constituição da República Federativa do Brasil elenca ainda, expressamente, cinco princípios do Direito Administrativo: Legalidade, Impessoalidade, moralidade, publicidade e a eficiência, sendo esse último, em especial, objeto do presente capítulo.

⁶HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo do novo processo civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2020, p. 9.

Durante a década de 1990, o Brasil passou por uma reforma administrativa, cujo objetivo era desenvolver um modelo gerencial na Administração Pública.

Essa política foi apresentada como uma solução para o esgotamento do modelo burocrático weberiano e uma resposta à grave crise inflacionária que o país passava naquele período.

A ciência da administração utiliza recorrentemente dois termos para avaliar o desempenho das organizações, a eficácia e a eficiência. Enquanto a eficiência é relacionada à noção de adequada utilização dos recursos, a eficácia transcende a mera indagação dos meios e aborda diretamente os resultados.

Em novembro de 1995, o governo publicou o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, documento que consolidou os objetivos gerenciais de Reforma do Estado.

É nesse contexto que o princípio da eficiência assume maior protagonismo e ganha dignidade constitucional ao ser inserido no artigo 37, *caput*, da Constituição da República por meio da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998.

Nas palavras de Alexandre Santos Aragão⁷:

Há os que afirmam que a eficiência já estaria abrangida pela moralidade administrativa, no conceito de “bom administrador”; outros sustentam que a eficiência seria algo tão fluido que não passaria de mero “adorno” posto no texto constitucional; que nunca teria havido autorização constitucional para que a Administração Pública agisse de forma ineficiente, de modo que o acréscimo, na prática, seria inútil.

Há, por outro lado, os que veem a afirmação constitucional de um princípio da eficiência como de grande importância para uma Administração Pública gerencial, focada em resultados, superando o que seria uma Administração Pública tradicionalmente burocrática e pouco produtiva, vinculada apenas à lei formal.

A inclusão expressa do princípio na Constituição fez cessar as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua existência implícita no documento e, conseqüentemente no ordenamento jurídico pátrio.

O princípio também aparece na Lei de Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784/99)⁸ e entre os princípios da licitação no artigo 5º, da Lei n. 14.133/2019, onde abrange os subprincípios da celeridade, economicidade, planejamento e eficácia.

⁷ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 73.

⁸BRASIL. *Lei n. 9.784/99*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 24 out. 2023.

⁹BRASIL. *Lei n. 14.133/2019*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso em: 24 out. 2023.

Dito isso, cabe destacar que a doutrina moderna tem se dedicado a classificar as normas jurídicas em duas categorias básicas: os princípios e as regras.

Ao lecionar sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho¹⁰, em seu Manual de Direito Administrativo, ensina que:

As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano da validade: aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas a regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotados que são de determinado valor ou razão, o conflito entre eles admite a adoção do critério da ponderação de valores (ou ponderação de interesses), vale dizer, deverá o intérprete averiguar a qual deles, na hipótese sub examine, será atribuído grau de preponderância. Não há, porém, nulificação do princípio postergado; este, em outra hipótese e mediante nova ponderação de valores, poderá ser o preponderante, afastando-se o outro princípio em conflito.

Assim, havendo conflito entre princípios, a solução deve ser buscada através do devido processo de ponderação de seus valores aplicáveis à hipótese concreta.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹¹ destaca que o conceito de eficiência foi elaborado fora da Ciência do Direito, a partir da Revolução Industrial. Posteriormente, com o desenvolvimento dos conceitos de administração pública gerencial, passou-se a exigir que os atos administrativos fossem praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, de modo a possibilitarem o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei.

Nas palavras do autor:

Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, como uma característica

Sobre o princípio da eficiência na Administração Pública, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹² ensina que:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

¹⁰CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 15.

¹¹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 115.

¹²PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *D. Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 125.

Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹³:

No âmbito da “Administração de Resultados”, a interpretação e a aplicação do Direito não podem se afastar das consequências (jurídicas e extrajurídicas) geradas pelas escolhas efetivadas pelas autoridades estatais. Sem deixar de lado a importância de certas formalidades, estritamente necessárias à formação legítima da vontade estatal, o Direito passa a se preocupar de maneira preponderante com a efetividade dos direitos fundamentais (legalidade finalística).

O princípio da eficiência não pode ser entendido meramente como a maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira.

A Administração Pública, essencialmente, busca realizar o bem comum, se utilizando dos recursos disponíveis para a consecução dessa finalidade. É fundamental um amadurecimento dos valores sociais e culturais, a fim de que os recursos públicos possam ser utilizados de maneira equilibrada, sem desperdícios, sem favoritismos, como coisas públicas que são.

A eficiência deve guiar-se pela finalidade de concretização da cidadania, cabendo à sociedade também buscar a realização dos seus direitos, fiscalizando as atividades estatais, a conduta de seus representantes, pois só assim age como verdadeiro cidadão.

Nas palavras de Marçal Justen Filho¹⁴:

A eficácia administrativa também significa a vedação à observância de soluções burocráticas inúteis. A atividade administrativa existe para o cidadão e a frustração do atendimento às necessidades coletivas e individuais por razões formais irrelevantes viola a Constituição. A desburocratização não é uma opção autônoma ou voluntária, mas é uma decorrência da tutela constitucional aos direitos fundamentais dos sujeitos. A subordinação do exercício de competências administrativas ao preenchimento de requisitos inúteis configura infração a valores constitucionalmente protegidos. Assim se passa, por exemplo, quando o agente administrativo exige reconhecimentos de firma ou de autenticidade de documentos cujos originais lhe podem ser apresentados, fornecimento de informações desnecessárias e assim por diante. Em muitos casos, essas práticas configuram até mesmo uma violação à dignidade humana. Em outras situações, implicam obstáculos antijurídicos ao desenvolvimento dos negócios, ao crescimento econômico e ao desenvolvimento social.

A concretização do princípio da eficiência depende de uma série de ações administrativas, como medidas de desburocratização, digitalização e inovação.

¹³OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 41.

¹⁴JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 77.

Uma dessas medidas deve ser a democratização e participação popular, que pode se dar de várias formas, inclusive dos Conselhos Municipais, tema deste artigo e cuja relação com o princípio da eficiência será melhor exposta no próximo capítulo.

3. OS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Nos capítulos anteriores foram feitas as observações sobre os Conselhos de Políticas Públicas e o princípio da eficiência, portanto, embora a discussão seja pertinente aos três níveis de governo, cabe agora analisar como o tema se desenvolve no âmbito local.

A Constituição da República de 1988 prestigiou os Municípios, garantindo a eles a condição de entes indispensáveis dentro da organização estatal. A federação brasileira se destaca das demais por ter dotado o ente municipal de maior grau de autonomia, característica essa não compartilhada pelos pares internacionais.

Nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes¹⁵:

A autonomia municipal, da mesma forma que a dos Estados-membros, configura-se pela tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração.

Dessa forma, o município auto-organiza-se através de sua Lei Orgânica Municipal e, posteriormente, por meio da edição de leis municipais; autogoverna-se mediante a eleição direta de seu prefeito, Vice-prefeito e vereadores, sem qualquer ingerência dos Governos Federal e Estadual; e, finalmente, autoadministra-se, no exercício de suas competências administrativas, tributárias e legislativas, diretamente conferidas pela Constituição Federal.

Nesse sentido, embora dotados de autonomia e organizados de forma paritária, os Conselhos de Políticas Públicas são distribuídos dentro da estrutura organizacional dos Municípios. Em regra, se localizam nas Secretarias Municipais, conforme cada pertinência temática correspondente.

Podem ser destacados como exemplos o Conselho Municipal de Assistência Social (CMAS), o Conselho da Criança e do Adolescente (CMDCA), o Conselho Municipal de Meio Ambiente (COMDEMA), Conselho Municipal de Educação (CME) e o Conselho Municipal de Saúde (CMS).

A década de 1990 trouxe diversas conquistas no plano sócio-jurídico, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Sistema Único de Saúde e o Sistema Único de Assistência Social. Em todas essas esferas há um especial destaque para a abordagem municipal.

¹⁵ MORAES, Alexandre D. *Direito Constitucional*. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 350.



Esse movimento fomentou a criação de espaços democráticos de participação, fomentou a articulação de conferências, cujo objetivo ultrapassa os limites de mera conferência e avaliação de políticas.

São expressão da realidade social, e se constituem em importante instrumento de mobilização social em torno das expressões sociais.

É ilustrativo da relevância dos conselhos no âmbito local o papel do CMDCA na gestão do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (FMDCA), conforme caput e inciso IV, do art. 88, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse fundo é a principal ferramenta daquele conselho para a efetivação de políticas de atendimento às crianças e aos adolescentes. O Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (FMDCA) é um instrumento de captação de recursos provenientes de fontes diversas, como multas, doações, recursos do tesouro federal, estadual e municipal.

No artigo Controle Social e conselhos de políticas públicas: análise sobre a assistência social brasileira, Jaqueline da Silva Oliveira Carvalho, Flávia Lorenne Barbosa Sampaio e Fabiana Pinto de Almeida Bizarria¹⁶ afirmam que:

A hegemonia do modelo político representativo está em crise dada sua incapacidade de responder às expectativas dos cidadãos, a visão de políticos vinculados a desvios éticos e corrupção, manipulação da opinião pública, somada à ausência de valores como civismo e desagregação da identidade nacional. Logo, a qualidade da democracia precisa ser analisada e, posteriormente, legitimada, o que está na base da criação de variadas modalidades de participação nas últimas décadas, objetivando encurtar a distância entre cidadãos e o sistema político. Assim, são inseridos no modelo democrático, os modelos deliberativo e participativo, que se combinam ou coexistem nos níveis nacional e local, complementando e articulando a democracia representativa e a democracia participativa, além do reconhecimento por parte do governo de que as formas públicas de monitorá-lo e os processos deliberativos públicos podem substituir parte do processo de representação e deliberação

Importante observar que, na prática, são grandes os desafios nesse tema, em especial quanto à implementação dos conselhos.

A paridade de composição entre representantes do governo e da sociedade civil não assegura necessariamente o equilíbrio de forças na condução das atividades dos conselhos, sendo evidente que, apesar dos esforços, predomina uma maior qualificação técnica e controle da pauta pela parte governamental.

¹⁶ OLIVEIRA, Jaqueline da Silva *et al.* “Controle social e conselhos de políticas públicas: análise sobre a assistência social brasileira”. *DAAPGE*. V. 22, n. 38, 2022. UNL, Santa Fe, Argentina.



São comuns desafios como a baixa participação popular, a limitação de recursos, o desconhecimento dos cidadãos sobre como funcionam esses órgãos e, ainda, a suscetibilidade a interferências político-partidárias.

Não obstante essas e outras dificuldades, cada órgão desse é um espaço de formulação, fiscalização e deliberação de políticas públicas importante para a legitimação, publicidade e *accountability* para políticas ali desenvolvidas.

Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹⁷:

A concretização dos resultados, na medida do possível, deve ser realizada por meio de processo político-participativo: a) planejamento: planos de ação, orçamento e prioridades, com destaque para participação da população por meio de audiências e consultas públicas; b) execução: medidas concretas para satisfação dos resultados previamente delimitados; e c) controle: os órgãos controladores não devem se restringir à legalidade formal na análise da juridicidade da ação administrativa, devendo levar em consideração os demais princípios e o alcance dos resultados esperados. O princípio da eficiência demonstra a íntima relação entre o Direito e a Economia (Law & Economics). De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia. Por esta razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.

Dessa forma, é evidente a relação direta e singular entre os conselhos municipais de políticas públicas municipais e o princípio da eficiência, haja vista que eles têm como finalidade promover a participação cidadã e contribuem para a tomada de decisões informadas, democráticas e fiscalizatórias no âmbito local.

Sobre controle da observância do princípio da eficiência, José dos Santos Carvalho Filho¹⁸ ensina que:

Atualmente, os publicistas têm apresentado vários estudos sobre a questão concernente ao controle da observância do princípio da eficiência. A complexidade que envolve o tema é compreensível: de um lado, há que se respeitar as diretrizes e prioridades dos administradores públicos, bem como os recursos financeiros disponíveis e, de outro, não se pode admitir que o princípio constitucional deixe de ser respeitado e aplicado. Os controles administrativo (de caráter interno e processado pelos próprios órgãos administrativos) e legislativo são reconhecidamente legítimos e indubitáveis à luz dos arts. 74 e 70 da Lei Maior, respectivamente. O controle judicial, entretanto, sofre limitações e só pode incidir quando se tratar de comprovada ilegalidade. Como tem consagrado corretamente a doutrina, “o Poder Judiciário não pode compelir a tomada de decisão que entende ser de maior grau de eficiência”, nem invalidar atos administrativos invocando exclusivamente o princípio da eficiência. Note-se que a ideia não pretende excluir inteiramente o controle judicial, mas sim evitar que a atuação dos juízes venha a retratar devida intervenção no círculo de competência constitucional atribuída aos órgãos da Administração.

¹⁷OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 41.

¹⁸CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 27.

O princípio da economicidade expressa o especto financeiro do princípio da eficiência. Entretanto, cumpre ressaltar que a eficiência não deve ser considerada apenas como maximização financeira, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbem ao Estado. Nesse sentido deve ser a atuação dos Conselhos.

Portanto, os Conselhos de Políticas Públicas, em especial no âmbito local, devem ser fortalecidos, equipados e promovida a conscientização do seu papel para a população e sociedade civil organizada.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar a relação entre o princípio da eficiência na administração pública e o controle social desempenhado pelos conselhos de políticas públicas.

Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina evidenciar como se dá essa dinâmica no âmbito municipal.

Os conselhos, órgãos autônomos e compostos de forma paritária, se propõe a aproximar a sociedade civil da formulação, implementação e fiscalização das políticas públicas. Contribuem para a participação cidadã, legitimação, transparência e *accountability*.

Da conjugação das fontes de conhecimento apresentadas se verifica o potencial desses espaços para o desenvolvimento local, mas também os inúmeros desafios da participação cidadã no ciclo das políticas públicas, que são: construção de agenda; formulação da política; processo decisório; implementação; e avaliação.

A relevância da pesquisa é evidenciada pela demonstração da relação entre o princípio constitucional da eficiência, inserido no art. 37, da Constituição da República e os conselhos.

Esse princípio é um pilar da administração pública moderna, que objetiva um serviço público mais produtivo, célere e orientado para atender as necessidades da população de forma efetiva.

A inclusão do princípio da eficiência na Constituição veio a dar maior densidade na busca pela economia de recursos, melhoria dos serviços, transparência e *accountability*, bem como crescimento sustentável.



Trata-se de um desdobramento natural de outros princípios e institutos jurídicos também expostos no presente trabalho, como a república, o princípio democrático e a descentralização administrativa.

O regime jurídico administrativo é fortemente influenciado pela supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público. Daí decorre a necessidade de fiscalizar e acompanhar as atividades do poder público, de forma que melhor se promova o bem da coletividade.

Conforme exposto, há diversas formas de controle da administração pública desempenhada por vários órgãos. Os conselhos municipais de políticas públicas são uma das principais formas de controle social.

Toda essa questão do controle social desempenhado pelos conselhos está inserida dentro do contexto de reforma administrativa do Estado, que conta com diversas iniciativas cruciais, como a digitalização e governo eletrônico, transparência e acesso à informação, parcerias público-privadas, planejamento estratégico e capacitação de servidores, inovação e tecnologia.

Portanto, conclui-se que os conselhos de políticas públicas estão intimamente ligados à efetivação de diversos princípios constitucionais, em especial a transparência e a eficiência da administração pública.

Apesar dos desafios de implementação prática, a participação cidadã por meio dos conselhos municipais deve ser valorizada e fomentada, beneficiando direta e indiretamente a população.

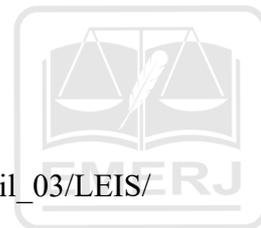
Como demonstrado no presente trabalho, embora os conselhos integrem todos os entes da federação, seu impacto no âmbito municipal merece especial destaque pelo impacto que pode causar nas comunidades.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ASSIS, Marluce Maria A.; SCATENA, Tereza Cristina. *O Controle Social e a Democratização da Informação: Um Processo em Construção*. Disponível em: www.revistas.usp.br/rlae/article/download/1779/1824. Acesso em: 26 abr. 23.

BRASIL. *Lei n. 13.019/14*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113019.htm. Acesso em: 30 nov. 2023.



_____. *Lei n. 9.784/99*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 24 out. 2023.

_____. *Lei n. 14.133/21*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm>. Acesso em: 24 out. 2023.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo do novo processo civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023.

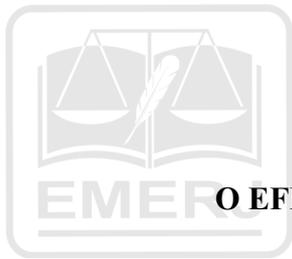
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

OLIVEIRA, Jaqueline da Silva *et al.* “Controle social e conselhos de políticas públicas: análise sobre a assistência social brasileira”. *DAAPGE*. V. 22, n. 38, 2022. UNL, Santa Fe, Argentina.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *D. Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2022.



O EFEITO “BACKLASH” E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: MECANISMOS POSSÍVEIS PARA UMA REAÇÃO LEGISLATIVA

Marcos Orlando Cardoso Massena Filho

Graduado pela Universidade Federal Fluminense.
Residente Jurídico do Ministério Público do
Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O presente artigo busca fazer uma análise sobre o efeito “backlash” e os diálogos institucionais, de modo a apresentar que o Poder Judiciário enquanto integrante do Estado Democrático de Direito, com previsão constitucional das suas atribuições típicas, não detém a última palavra sobre a Constituição da República Federativa de 1988. Para alcançar este objetivo, foi analisado o fundamento jurídico das motivações das decisões judiciais, as modalidades de reação legislativa conhecidas e possíveis dentro do ordenamento jurídico, além de apresentar os desdobramentos da crescente represália engendrada pelo poder legislativo em decorrência de desavenças políticas quanto ao teor decisório proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Reação legislativa. Decisão judicial.

Sumário – Introdução. 1. A fundamentação das decisões judiciais: uma relação entre a separação dos poderes e os diálogos institucionais. 2. As modalidades de reação legislativa adotadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. 3. Desdobramentos contemporâneos e a PEC 50/2023. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983/CE, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a incompatibilidade entre a prática desportiva da Vaquejada e a Constituição Federal, o Congresso Nacional editou a Lei Federal n. 13.164/2016 instituindo tal prática como patrimônio cultural imaterial do Brasil.

Ato contínuo, meses após tal inovação ao ordenamento jurídico, foi aprovada a Emenda Constitucional 96/2017 que acresceu ao texto constitucional o §7º, junto ao artigo 225. Sendo assim, não se é de considerar cruel as práticas desportivas que utilizem animais, desde que esta seja reconhecida, legalmente, como manifestação cultural.

Visualiza-se que, após a promulgação da Carta Política de 1988, esta foi uma importante movimentação do que se tem chamado por efeito “backlash” junto às decisões do Supremo Tribunal Federal.

A partir de tal evento, outros se sucederam de tal modo que, ao dissabor dos desacordos morais razoáveis, o Poder Legislativo, mas não somente este, se insurge contra a decisão e se imiscui na questão de mérito, reagindo legislativamente e indo de encontro ao entendimento exarado pelo próprio Supremo Tribunal Federal.



Dessa forma, o Poder Legislativo inquina a interpretação dada pelo Poder Judiciário, tornando constitucional e legal aquilo que o Supremo Tribunal Federal havia declarado inconstitucional e, por conseguinte, retirado a força vinculante do preceito.

Todavia, o Poder Executivo, exercendo sua função atípica, pode também exercer reação legislativa à decisão judicial que entender desarmonizada com a realidade social. Nesse sentido, o presente trabalho busca analisar os mecanismos que podem ser utilizados como reação legislativa, observando-se, inclusive, quem possui a última palavra em relação à Constituição.

Nesse recorte, no primeiro capítulo, objetiva-se abordar a legitimidade do Poder Judiciário por meio da fundamentação das suas decisões judiciais. Diante da dificuldade contramajoritária, termo cunhado por Alexander Bickel, e da ausência de representatividade popular, a fundamentação das decisões judiciais confere legitimidade ao Poder Judiciário. Nesse sentido, a Constituição Federal, no bojo do artigo 93, inciso IX, prevê que todos os atos do Poder Judiciário devem ser devidamente fundamentados, ocorrendo estreito diálogo entre as instituições constitucionais.

No segundo capítulo, apresenta-se os mecanismos de reação legislativa possíveis tanto em relação ao Poder Legislativo quanto em relação ao Poder Executivo. Há autores que visualizam como único meio possível de retaliação o que se convencionou chamar de ativismo congressual, isto é, aquele que se limita ao Poder Legislativo e, mais especificamente, às propostas de emendas constitucionais. Todavia, urge investigar quais são os mecanismos possíveis de reação legislativa, principalmente alargando-se o cabimento para inserir o Poder Executivo.

Uma vez apresentado os arcações teóricos e fundamentais, aborda-se no terceiro capítulo os desdobramentos contemporâneos, bem como a apresentação da Proposta de Emenda Constitucional n. 50, de 2023, que visa positivizar, no plano constitucional, quem detém a última palavra sobre a Constituição, traçando, inclusive, paralelos com os capítulos antecedentes.

A metodologia aborda o objeto de forma qualitativa, uma vez que se pretende utilizar das bibliografias pertinentes à matéria, a qual foi fichada na fase exploratória. Além disso, verifica-se junto às jurisprudências e legislações, bem como se consulta a mais abalizada doutrina jurídica a respeito da fundamentação e teoria dos institutos expostos.

Por fim, a pesquisa utiliza o método hipotético-dedutivo, considerando que se pretende certificar um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fim de comprová-las ou dispensá-las argumentativamente.

1. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA RELAÇÃO ENTRE A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

A proteção da Constituição Federal e, por conseguinte, do Estado Democrático de Direito, compete, essencialmente, mas não exclusivamente, ao Poder Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal (STF) enquanto principal órgão de cúpula.

A Corte desempenha dois papéis distintos, a saber: um contramajoritário e outro representativo. Aquele foi cunhado por Alexander Bickel¹, cabendo ao Poder Judiciário a função de declarar a inconstitucionalidade de leis e outros atos normativos, inclusive do Poder Executivo. A dificuldade contramajoritária, como apresenta Bickel, reside no fato de que juízes e ministros, não eleitos, sobreporiam, em um momento oportuno, suas razões de decidir à dos legítimos representantes da política majoritária². Quanto ao papel representativo, limita-se a corresponder às demandas sociais e anseios políticos que não foram abarcados pelo Congresso Nacional.

O Supremo Tribunal Federal torna-se, a partir disso, representante argumentativo da sociedade³. Exige-se que o posicionamento da Corte tenha representação argumentativa, ou seja, sua decisão para ser legítima deve ser fundamentada de modo que demonstre racionalidade⁴, subsumindo-se a uma demanda social, sendo esta expressão da Democracia a qual a sociedade brasileira está inserida.

Dessa forma, a jurisdição constitucional consolida-se como instrumento de mediação das forças políticas e de proteção dos direitos fundamentais.

O Estado-juiz, portanto, ao proferir decisão fundamentada, aspecto preponderante de sua função contramajoritária, serve-se não somente da necessidade de se posicionar, como meio de alcançar a pacificação social, mas também do regramento constitucional para que haja validade.

O devido processo legal, enquanto instrumento do Estado Democrático de Direito, perquire uma noção de “verdade”, de modo que, a fim de que o juiz profira decisão legítima,

¹ BICKEL, Alexander M.. *The least dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1962, p. 16.

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 476.

³ ALEXY, Robert, Balancing, constitutional review, and representation, *internacional journal of constitutional law* 3:572, 2005, p. 578 e s., *apud ibid.*, p. 477.

⁴ *Ibid.*



imperioso se faz que este apresente justificção⁵ da sua convicção, isto é, fundamente sua decisão.

Nesse caso, a fundamentação, conforme preleciona Fredie Didier Jr., assume duas funções: uma endoprocessual e outra exoprocessual⁶. A primeira está atrelada ao fato de que, ao conhecer as razões que conduziram ao convencimento do magistrado, as partes têm a possibilidade de controlar a decisão por meio das vias recursais ordinárias. Por outro lado, a segunda função, também denominada extraprocessual, permite que o controle da decisão passe pelo crivo da população, uma vez que o discurso prolatado em uma decisão dirige-se sempre à coletividade⁷, já que as razões conferem legitimação pública ao ato do Poder Judiciário.

Assim, a busca pelas razões que justifique a escolha em uma dada avaliação, confere legitimidade a toda e qualquer decisão, principalmente diante do dispositivo constitucional presente no artigo 93, inciso IX⁸, que encontra ressonância no Código de Processo Civil⁹ (Lei 13.105/2015) no artigo 489 e seus parágrafos.

Valendo-se disso, o direito constitucional contemporâneo, a partir de sua experiência adquirida pela evolução histórica, cunhou a supremacia da constituição, assentando importante superioridade jurídica em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Assim, a jurisdição constitucional desenvolve e aprimora o controle de constitucionalidade¹⁰ como meio idôneo de declaração de invalidade dos atos normativos que estejam incompatibilizados com a Carta Maior.

Compete, portanto, ao Poder Judiciário, enquanto função típica, solucionar os litígios, envolvendo, principalmente, no que tange ao STF, a validade dos atos legislativos. Na sessão de julgamento, a argumentação constante da fundamentação, confere a natureza proeminentemente política da função dos tribunais. Nesse viés, os âmbitos de interseção entre o Poder Judiciário e os outros dois Poderes, mostram-se variados o que faz surgir a necessidade de demarcação legítima de atuação de cada um¹¹.

⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 363.

⁶ *Ibid.*, p. 363.

⁷ *Ibid.*, p. 364.

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 mai. 2023.

⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 1 mai. 2023.

¹⁰ BARROSO, *op. cit.*, p. 109.

¹¹ *Ibid.*, p. 423.

O artigo 2º da Constituição Cidadã¹² prevê que os Poderes do Estado são independentes e harmônicos entre si. Nesse viés, implícito está que não se admite entre eles a ruptura, havendo, todavia, possibilidade quanto à divergência.

Importante ressaltar que, para Guilherme Peña de Moraes, a limitação do poder político encontra também, como instrumento balizador, os direitos fundamentais, controle de constitucionalidade e federalismo estatal¹³.

Nesse sentido, para resguardar a harmonia, o Poder Judiciário também está sujeito ao sistema de freios e contrapesos. Esse sistema foi concebido de tal forma que cada poder é autônomo e deve exercer determinada função, possibilitando que cada um possa ser controlado pelo outro. A necessidade de uma harmonia entre eles, sem que impossibilite a discordância, muitas das vezes fruto do diálogo institucional, torna-se imprescindível para o Estado Democrático de Direito.

Sabe-se que, apesar da controvérsia doutrinária quanto ao surgimento da divisão tripartite¹⁴, foi por meio do autor Montesquieu que, a fim de afastar governos absolutistas, evitando, ainda, o reflexo da tirania nas leis editadas, acreditou-se que seria importante estabelecer autonomia e limites para cada poder. Sendo assim, é inegável que Montesquieu acrescentou a função judicial¹⁵, idealizando, a partir de outros autores como Aristóteles e John Locke, que só o poder controla o poder¹⁶.

É nesse sentido que o contraste constitucional, que promove os freios e contrapesos, consiste na garantia do equilíbrio entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em que um pode conter o outro ou restabelecer seu equilíbrio.

Para enriquecer o debate, Luiz Guilherme Marinoni defende que a justificação das decisões judiciais não diz respeito tão somente a sua legitimidade, mas, sim, expressa-se como instrumento do qual o Poder Judiciário controla os demais poderes¹⁷.

Dessa forma, a teoria da separação dos poderes seria também uma forma de atualizar, formalmente, o modo de operar de cada poder. O uso virtuoso do poder origina-se, nas palavras de Marinoni, com a conduta de se “deixar de decidir o que ainda pode ser discutido”¹⁸. Defende

¹² BRASIL, *op. cit.*, nota 8.

¹³ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022, p. 15.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 165.

¹⁵ *Ibid.*, p. 166.

¹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 141.

¹⁸ *Ibid.*

o autor que cabe à sociedade e aos Poderes Legislativo e Executivo, eleitos, portanto, interpretem a constitucionalidade de modo democrático.

Para André Ramos Tavares¹⁹, a esfera funcional do Tribunal Constitucional mostra-se no plano da eficácia, permitindo-se que este controle os poderes diante da possibilidade de fiscalização.

Dessa forma, a teoria idealizada por Locke e Montesquieu aponta, hodiernamente, para a denominada “multifuncionalidade do Estado contemporâneo”, exigindo um novo olhar sobre as formas com o que os poderes executam suas funções. Tal adequação, sob um novo prisma, recai na presença de um Tribunal Constitucional enquanto um novo “poder” na efetivação da supremacia constitucional²⁰.

Assim, a jurisdição constitucional não possui uma atribuição restritiva ao controle de constitucionalidade, isto é, a função originária de fiscal da constitucionalidade²¹ foi ampliada, de modo que se reconhece, na atualidade, o desenvolvimento de outras capacidades, como a de governo e, inclusive, legislativa²².

É comum de se pensar, todavia, que na teoria democrática importa a prevalência da vontade soberana do povo²³. Nesse sentido, assegura-se a vontade do povo por meio dos expedientes dos representantes que se submeteram ao sufrágio e sagraram-se eleitos. Todavia, não há impedimento de que um órgão não investido pelo instrumento das eleições diretas seja capaz de prolatar decisões de cunho material que possui amparo no seio da sociedade.

É neste jaez que André Ramos Tavares explicita a dimensão legitimante do Tribunal Constitucional, uma vez que a decisão que se profere entre a opinião pública e o seu significado determinado na norma constitucional é correlato à dimensão da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, conforme pensou o autor Peter Häberle²⁴.

Contudo, a fim de que as decisões tenham efetividade no plano da eficácia, imperioso se faz que observe sua vinculação entre o órgão prolator e àquele a que se destina o julgado.

Nesse sentido, observando-se o plano normativo constitucional instituído pelo Poder Constituinte Originário de 1988, verifica-se que, inicialmente, o artigo 102, de que trata da competência do Supremo Tribunal Federal, não constava os parágrafos que hoje integram o seu

¹⁹ TAVARES, *op. cit.*, p. 170.

²⁰ *Ibid.*, p. 172.

²¹ *Ibid.*, p. 173.

²² *Ibid.*, p. 175.

²³ *Ibid.*, p. 505.

²⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 55.

corpo normativo. À época, bastava tão somente o parágrafo único tratando da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A incorporação do §2º, que se conhece, atualmente, foi precedida pela Emenda Constitucional n. 3/1993²⁵ que apresentava a seguinte redação:

Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.²⁶

Verifica-se, portanto, que a normatividade que diz respeito ao efeito vinculante só foi positivada a partir do Poder Constituinte Derivado Reformar, expressando que o efeito vinculante se restringia não somente aos órgãos do Poder Judiciário, como também a todo o Poder Executivo, incluindo seu chefe.

Ocorre que, com a Emenda Constitucional n. 45²⁷ de 2004, foi alterado alguns dispositivos da Constituição Federal, estando, dentre eles, o artigo 102, que passou a ter a seguinte redação no §2º:

Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.²⁸

Observa-se que a nova redação dada ao texto incluiu as ações diretas de inconstitucionalidade e excluiu o Chefe do Poder Executivo como o principal núcleo de eficácia, uma vez que previu somente efeito vinculante à administração pública direta e indireta, nos seus âmbitos federativos. Com isso, possibilitou, por via atípica, inclusive, a reação legislativa pelo próprio Chefe do Poder Executivo, que será visto no Capítulo 2, como mecanismo de *backlash* pelo próprio Executivo na função legislativa atípica.

Lênio Luiz Streck tece alguns comentários pertinentes à reforma. Para o autor, a oposição da literalidade, no referido artigo, quanto ao efeito vinculante em relação às ações

²⁵ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 3*, de 17 de março de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em 1 mai. 2023.

²⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 8.

²⁷ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 45*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em 27 nov. 2023.

²⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 8.



diretas de inconstitucionalidade queda-se despidianda, uma vez que o resultado natural da ação que declara a invalidade de ato normativo só pode ser o efeito vinculante²⁹. Não haveria de se crer que um juiz ou tribunal aplicasse uma norma em que o próprio STF se manifestou no sentido de ser inconstitucional.

De toda forma, a fim de que se possa elaborar um conceito para o efeito vinculante, impõe-se uma rápida digressão ao seu início no ordenamento jurídico pátrio.

Consultando-se o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), encontra-se no artigo 187, redação que aborda a representação interpretativa, introduzida pela Emenda Constitucional n. 7/1977, que preleciona: “Art. 187. A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos”³⁰.

Anos seguintes, em 1992, o efeito vinculante aparece no cenário congressual a partir do projeto de emenda constitucional n. 130/1992³¹. O teor da referida PEC abarcava o efeito vinculante das decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, distinguindo a eficácia geral (tida como *erga omnes*) e o efeito vinculante propriamente dito.

Somente com o advento da Lei n. 9.868/99³², que versa sobre julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, houve tratamento uniforme da matéria, uma vez que no parágrafo único, do artigo 28, previu não somente a hipótese de declaração de constitucionalidade, mas também a declaração de inconstitucionalidade, conferindo-se eficácia contra todos e efeito vinculante perante os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.

Com isso, verifica-se que houve exclusão do chefe do Poder Executivo, abrindo-se, todavia, a vinculação do julgado à administração pública em seus âmbitos federativos.

As decisões judiciais enquanto instrumento de legitimação do Poder Judiciário, notadamente do STF, deve resguardar a sua fundamentação uma vez que, tornando-se definitivas, no caso do controle abstrato de constitucionalidade, seus efeitos repercutirão não somente no seio do Judiciário, verticalmente, como também na administração pública direta e indireta.

²⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 354.

³⁰ BRASIL. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 1 mai. 2023.

³¹ STRECK, *op. cit.*, p. 357.

³² BRASIL. *Lei n. 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 27 nov. 2023.

2. AS MODALIDADES DE REAÇÃO LEGISLATIVA ADOTADAS PELOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO

O aumento da judicialização das políticas públicas, atrelado à ideia do consequencialismo³³ das decisões judiciais, acarretaram maior enfoque dado ao Poder Judiciário ao decidir casos que teriam repercussão na sociedade. Nada mais próprio do poder responsável por dirimir conflitos e possuir, no arcabouço normativo, a inafastabilidade de jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV³⁴, CRFB/88). Todavia, importante esclarecer que da mesma forma que o Poder Judiciário reage às leis sancionadas, os Poderes Legislativo e Executivo têm reagido às decisões proferidas.

O cerne da problemática se imiscui na motivação para tais reações. Sabe-se que a reação do Judiciário é fruto de sua função típica de administrar a justiça, solucionando os conflitos sociais a partir da prestação jurisdicional. Por outro vértice, o que se observa é que tanto a reação congressual, mais usual, quanto a reação legislativa atípica promovida pelo Chefe do Poder Executivo, possuem, na maioria das vezes, caráter eminentemente político e não jurídico.

Coloca-se em situação desgastante a própria separação dos poderes, uma vez que, valendo-se de sua função típica (Congresso Nacional) ou atípica (Presidente da República via medida provisória) fazem frente à função contramajoritária do Poder Judiciário de decidir em relação à harmonia da referida norma ou matéria com o ordenamento jurídico.

De acordo com a Lei Federal n. 13.105/15, no seu artigo 926, *caput*³⁵, os tribunais, incluindo-se o Supremo Tribunal Federal, possuem o dever de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Nesse sentido, o entendimento colegiado ou monocrático deve ser coerente com a jurisprudência do plenário. Está-se diante de uma característica própria da função judicante: a de manter suas decisões judiciais coerentes e uniformizadas com o próprio ordenamento jurídico.

O ato legislativo que positiva o texto ou matéria que um dos Poderes cassou validade afronta diretamente a separação dos poderes, denotando não somente descortesia com a função típica, mas, também, tensionamento entre as relações e os diálogos constitucionais entre tais poderes.

³³ Consequencialismo das decisões judiciais se refere à análise criteriosa que o magistrado deve fazer ao proferir uma decisão, sopesando-se as consequências na realidade para as quais são destinadas tais decisões.

³⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 8.

³⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 9.

Dessa forma, no que diz respeito ao Poder Legislativo, este possui como função típica a própria iniciação do processo legislativo ordinário por iniciativa parlamentar. Configurando-se, assim, sua principal via de reação, sendo ela ordinária ou por meio de emenda à Constituição. Enquanto o Chefe do Poder Executivo só foi possível deixar de sofrer os efeitos vinculantes das decisões do STF a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 2004.

Nesse sentido, observando-se o plano normativo constitucional instituído pelo Poder Constituinte Originário de 1988, verifica-se que, inicialmente, no artigo 102³⁶, que trata da competência do Supremo Tribunal Federal, não constava os parágrafos que hoje integram o seu texto.

Como discorrido no Capítulo anterior, a incorporação do §2º foi precedida pela Emenda Constitucional n. 3/1993³⁷ e que, o efeito vinculante, somente foi positivado a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 2004³⁸, que conferiu a atual redação dada ao texto, excluindo o Chefe do Poder Executivo como o principal núcleo de eficácia, o que possibilita, por via atípica, a sua reação legislativa por meio de medida provisória.

Para além de uma previsão legislativa, quis o Congresso Nacional promulgar a Emenda Constitucional n. 45/2004³⁹ com vistas a trazer ao texto constitucional a mesma redação constante da Lei n. 9.868/99⁴⁰, isto é, abarcar expressamente as ações diretas de inconstitucionalidade, bem como retirar do âmbito do efeito vinculante a figura do Chefe do Poder Executivo.

Conforme o artigo 84⁴¹, inciso II, da CRFB/88, compete ao Presidente da República exercer, com auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da Administração Federal, resguardando-se os equivalentes a nível estadual e municipal. Dessa forma, a vinculação pretérita que estendia os efeitos da decisão ao Chefe do Poder Executivo que é, ao mesmo tempo, chefe de Estado e de governo, não se mostrava razoável que se recaísse em uma pessoa. Com isso, a legislação se mostra coerente abarcando a administração pública, âmbito de incidência da eficácia da norma.

A principal forma, portanto, de o Poder Executivo exercer sua reação legislativa restringe-se à edição de medida provisória. Isto se deve ao fato de que o Presidente da República, enquanto Chefe de Estado e de Governo, possui limitadas matérias sob sua

³⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 8.

³⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 25.

³⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 27.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 32.

⁴¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 9.

competência legislativa. Dessa forma, as leis de iniciativa privativa do Presidente da República, constante no artigo 61, §1º, incisos I e II⁴², da CRFB/88, estão adstritas à Administração Pública e à Forças Armadas. Além disso, as leis delegadas necessitam de aprovação prévia pelo Congresso Nacional, tendo, inclusive, limitação de conteúdo (artigo 68, §§1º e 2º, CRFB/88)⁴³.

Em que pese as hipóteses de vedação estejam taxativamente previstas nos incisos do §1º, do artigo 62⁴⁴, da Constituição Cidadã, o Chefe do Poder Executivo goza, neste instituto, de prerrogativa condicionante do exercício legislativo extraparlamentar constitucional: observância da urgência e relevância. Assim, muito embora sejam conceitos jurídicos relativamente indeterminados, estando inseridos na arbitrariedade do Presidente da República, as medidas provisórias possuem natureza de ato normativo primário.

A eficácia da medida provisória no Direito brasileiro, conforme lições de Guilherme Peña de Moraes⁴⁵, está moldado em dois efeitos, a saber: positivo na medida em que trata de inovação da ordem jurídica e, negativo, diante de sua natureza procedimental, inviabilizando a alteração das normas por outro meio a não ser aquele o qual o ato normativo foi instituído.

Verifica-se, portanto, que o advento do ativismo judicial, aliado à mutação constitucional, causam desgastes nos diálogos constitucionais entre os poderes. Não é incomum que os congressistas tenham conflitos diretos com o Poder Judiciário que declaram as normas inconstitucionais, conforme a compreensão de constitucionalidade de uma minoria, próprio da dificuldade contramajoritária.

A harmonia entre os poderes deve ser perseguida ainda que a Constituição de 1988, na visão de Brandão⁴⁶, tenha dado maior autonomia para o Poder Judiciário. Os freios e contrapesos, muito embora sejam um sistema de controle externo, exercido pelos Poderes a fim de equilibrar a separação de poderes, não desloca a verdadeira competência do Judiciário, que tem um poder de decidir a vida de milhares de pessoas em uma decisão judicial.

A atual conjuntura do cenário constitucional brasileiro não comporta pensar que a “última palavra” seja exclusiva do Judiciário sobre a interpretação constitucional. É indispensável, cada vez mais, notadamente nos casos que implicam direitos fundamentais, o constante diálogo institucional a fim de buscar igualar questões jurídicas à verdade constitucional.

⁴² BRASIL, *op. cit.*, nota 8.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ MORAES, *op. cit.*, p. 443-444.

⁴⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 115-117.

3. DESDOBRAMENTOS CONTEMPORÂNEOS E A PEC 50/2023

A contemporaneidade das reações legislativas importa investigação a fim de perquirir se estas têm sido motivadas por discordâncias no âmbito político em detrimento do âmbito jurídico.

Sabe-se que o Poder Legislativo pode combater o decidido pelo STF por meio do processo legislativo ordinário e emendas constitucionais. O Poder Executivo, por sua vez, pode reagir por meio da edição de medidas provisórias, desde que comprove a urgência e relevância do ato. Assim sendo, não se afastando da alcunha de guardião da Constituição, impõe-se observar que quem escreve o texto constitucional e legal não são os Ministros, mas, sim, os Deputados e Senadores eleitos para tanto.

Um dos mais emblemáticos casos de *backlash* no Brasil trata da vaquejada. A Lei n. 15.299/13⁴⁷ do Estado do Ceará foi declarada inconstitucional pelo STF no bojo da ADI n. 4.983/CE⁴⁸. Considerando que a Lei era estadual, a decisão só valia para o Estado do Ceará. Dessa forma, outras leis poderiam ser formalmente constitucionais até serem instadas ao controle de constitucionalidade.

Todavia, o Congresso Nacional decidiu legitimar a situação jurídica da vaquejada por meio da edição da Lei n. 13.364/2016⁴⁹. Considerando que a jurisdição constitucional interpretava a vaquejada como inconstitucional, o Poder Legislativo promulgou a Emenda Constitucional n. 96/17, adicionando o §7º ao artigo 225, da CRFB/88⁵⁰. Com isso, houve maior segurança jurídica ao tema na medida em que impediu que a lei federal fosse declarada inconstitucional, já que teria de apontar como ato inconstitucional o próprio texto constitucional.

Importante frisar que esta reação legislativa, na exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional 50/2016 (que, uma vez aprovada, recebeu o número de Emenda Constitucional n. 96/17), o Senador Otto Alencar assim destaca:

Dessarte, a fim de encerrar a controvérsia que ainda cerca a questão, propõe-se a presente sugestão de emenda ao texto constitucional, por intermédio da qual se busca

⁴⁷ CEARÁ. Lei n. 15.299, de 8 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://belt.al.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/cultura-e-esportes/item/2582-lei-n-15-299-de-08-01-13-d-o-15-01-13>>. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4.983/CE. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁴⁹ BRASIL. Lei n. 13.364, de 29 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113364.htm>. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁵⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 8.

consignar na Lei Maior, com clareza, a permissão para que as práticas culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro e comprovadamente não submetam os animais à crueldade possam se realizar sem óbices.⁵¹

Verifica-se, portanto, que a motivação foi pôr fim à controvérsia, noticiando que, muito embora tenha o Supremo Tribunal Federal decidido pela inconstitucionalidade da vaquejada, a questão ainda permanecia em aberto, razão pela qual, a polêmica entre os apoiadores da prática e os defensores dos direitos dos animais seria encerrada por meio de ato normativo primário pelo Poder Legislativo, sobrepondo-se à decisão do Poder Judiciário.

A fim de ilustrar a possibilidade de reação legislativa por parte do Chefe do Poder Executivo, importa mencionar a respeito da correção executiva⁵² de decisões judiciais citada por Guilherme Peña de Moraes, em que indica o caso do Governo Federal que editou medidas provisórias em sentido contrário à deliberação do Supremo Tribunal Federal.

Ocorreu, na ocasião, ação direta de inconstitucionalidade n. 3645⁵³, de 31 de maio de 2006, sucedida pela Medida Provisória n. 327⁵⁴, de 2006, a respeito da produção de organismos geneticamente modificados.

Outro caso que merece análise é o julgamento das ADCs 43⁵⁵, 44⁵⁶ e 54⁵⁷ que foram julgadas procedentes no sentido de que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado) para o início do cumprimento de pena.

O Deputado Federal Alex Manente apresentou Proposta de Emenda Constitucional n. 199/19⁵⁸ em que, na sua justificção, cita:

Tal afirmativa demonstra o evidente descompasso que a Corte Suprema enfrenta, quando comparado aos demais sistemas de controle de constitucionalidade ocidentais, fato que, como afirmado, vem servindo amplamente à discricionariedade judicial –

⁵¹ BRASIL. *Justificação de Projeto de Emenda Constitucional n. 50*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4609537&ts=1630430730971&disposition=inline&_gl=1*in4ny*_ga*MjAzNDQ4NS4xNjk2NTQ0Mzgy*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5NjU0NDM4MS4xLjEuMTY5NjU0NDQxMy4wLjAuMA..>. Acesso em 5 out 2023.

⁵² MORAES, *op. cit.*, p. 626.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 3.645/PR*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363395>>. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁵⁴ BRASIL. *Medida Provisória n. 327*, de 31 de outubro de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Mpv/327.htm>. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n. 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n. 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>>. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n. 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>>. Acesso em: 28 nov. 2023.

⁵⁸ BRASIL. *Justificação de proposta de emenda constitucional n. 199, de 2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1835285&filename=PEC%20199/2019>. Acesso em 5 out. 2023.

fruto, em especial, da grande incoerência institucional da Corte, e do fato de restarem as decisões da Corte, por vezes, enquanto coletivo de precedentes não-sistematizados e inconsistente.

Observa-se que há clara divergência ideológica e política no que se refere à motivação da proposta. O que se busca, por fim, com a referida emenda é relativizar do Poder Judiciário sua função típica de julgar, além de acrescentar ao texto constitucional norma que vai de encontro ao estabelecido em controle concentrado de constitucionalidade.

Por fim, recentemente, foi apresentada a Proposta de Emenda Constitucional n. 50, de 2023, em que alteraria o artigo 49, da Constituição Federal para estabelecer competência do Congresso Nacional para sustar, por maioria qualificada, decisão do Supremo Tribunal Federal transitada em Julgado, que extrapole os limites constitucionais.

No bojo da justificção, o Deputado Federal Domingos Sávio e outros parlamentares, expõem como motivação do ato normativo o seguinte:

Porém não há que se falar em um ‘Poder Supremo’ para o judiciário, mas antes em dever Supremo de assegurar o respeito às leis elaboradas por aqueles que detém o poder que emana do povo, ‘o poder de legislar em nome do povo’. Assim, se o Supremo Tribunal Federal, de forma controversa decide e julga contrariando a própria Constituição e, portanto, a ampla maioria dos representantes do povo, o estado democrático de direito é colocado em risco. Desta forma, é fundamental que haja recurso capaz de rever a decisão de afronta a vontade da ampla maioria do povo devidamente representado no Congresso Nacional.⁵⁹

Verifica-se, uma vez mais, teor político em detrimento do conteúdo jurídico que se encerra, uma vez que se buscou alocar, na competência exclusiva do Congresso Nacional, a possibilidade de revisão de decisões judiciais consideradas inconstitucionais por não acatarem as opiniões populares, essencialmente políticas. Pode-se, mormente, mencionar a respeito de usurpação de competência ao dizer o que é constitucional ou não, sem que seja o Judiciário.

CONCLUSÃO

A contemporaneidade das correções das decisões judiciais importa persecução técnica e política, uma vez que a cada decisão judicial do STF que é publicada, averigua-se discordâncias que extrapolam o jurídico.

A partir da fundamentação das decisões judiciais, importante conquista do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário alcançou notório patamar de reforço teórico e pragmático, de modo que sua legitimidade atuante decorre desse preceito.

⁵⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 51.

Em síntese, observa-se que a crescente dissonância política a respeito das decisões judiciais acabou não somente por engendrar insatisfação popular, mas, também, crescente reação legislativa que alcança significativo plano jurídico.

Assim, os desdobramentos contemporâneos apresentam-se como verdadeiros revanchismos a fim de coadunar um ordenamento jurídico ao interesse particular disfarçado de interesse público. Tanto é assim que houve a apresentação da PEC 50/2023 em que, pelo Poder Legislativo da União, há clara alusão em dizer, textualmente, que lhe cabe a última palavra sobre a Constituição.

Fere-se, com isso, diversos princípios, notadamente, o da separação dos Poderes, mas, também, instaura-se verdadeiro regime de insegurança jurídica, uma vez que o Poder Judiciário pode encontrar-se cada vez mais atado não somente à opinião pública, mas, também, à possível correção legislativa, ainda que atípica, de suas decisões.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BICKEL, Alexander M.. *The least dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1962.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 1 mai. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 mai. 2023.

_____. *Emenda Constitucional n. 3*, de 17 de março de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em 1 mai. 2023.

_____. *Emenda Constitucional n. 45*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em 27 nov. 2023.

_____. *Justificação de Projeto de Emenda Constitucional n. 50*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4609537&ts=1630430730971&disposition=inline&_gl=1*in4ny*_ga*MjAzNDQ4NS4xNjk2NTQ0Mzgy*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5NjU0NDM4MS4xLjEuMTY5NjU0NDQxMy4wLjAuMA..>. Acesso em 5 out 2023.

_____. *Justificação de proposta de emenda constitucional n. 199, de 2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1835285&file name=PEC%20199/2019>. Acesso em 5 out. 2023.

_____. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em 27 nov. 2023.

_____. *Lei n. 13.364, de 29 de novembro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113364.htm>. Acesso em 28 nov. 2023.

_____. *Medida Provisória n. 327, de 31 de outubro de 2006*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/mpv/223.htm>. Acesso em 28 nov. 2023.

_____. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 1 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 43. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 28 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 44. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>>. Acesso em: 28 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>>. Acesso em: 28 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.645/PR. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363395>>. Acesso em: 28 nov. 2023.

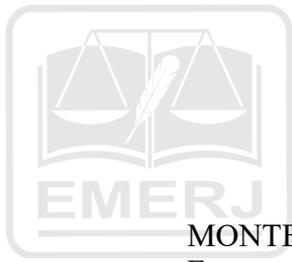
_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4.983/CE. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 28 nov. 2023.

CEARÁ. *Lei n. 15.299, de 8 de janeiro de 2013*. Disponível em: <<https://bela.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/cultura-e-esportes/item/2582-lei-n-15-299-de-08-01-13-d-o-15-01-13>>. Acesso em 28 nov. 2023.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.



MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022.

PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>>. Acesso em 5 out. 2023.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.



FASHION LAW: AS CONSEQUÊNCIAS DA LACUNA LEGISLATIVA E OS IMPACTOS AMBIENTAIS DA INDÚSTRIA DA MODA

Mariana Alves Pereira

Graduada pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Advogada.

Resumo – Não obstante a previsão constitucional da proteção do meio ambiente e a promoção da sustentabilidade, observa-se uma lacuna legislativa a respeito de como será realizada a responsabilização quando há a negligência em promover estas ordens constitucionais, principalmente no que tange à indústria da moda. Nota-se que o consumo irresponsável é uma consequência da violação do dever de informação, tendo em vista que não há uma regulamentação a respeito da obrigatoriedade de informações que devem ser passadas aos consumidores, principalmente no que tange à cadeia de produção. Ainda, a falta de legislação abrangente e rígida leva à prática do *greenwashing*. Para tanto, defende-se que a promoção da sustentabilidade nas indústrias da moda é um trabalho de corresponsabilidade.

Palavras-chave – Direito Ambiental. Direito da Moda. Consumo consciente. *Greenwashing*

Sumário – Introdução. 1. A proteção constitucional do meio ambiente. 2. A falta de política de descarte e seu impacto no meio ambiente. 3. A violação do dever de informação ao consumidor e a legitimação da prática do *greenwashing*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a forma as indústrias têxteis se comportam no contexto da tutela da preservação do meio ambiente. O que se pretende demonstrar é que a falta de uma legislação específica tem como consequência uma insegurança jurídica, além da falta de políticas públicas e ações de fiscalização da cadeia de produção da indústria da moda.

Inicialmente, importante contextualizar que por muitos anos a moda foi julgada como fútil e menosprezada por muitos, no entanto, na sociedade contemporânea, a moda se tornou um importante instrumento para o crescimento econômico. A indústria da moda movimentava bilhões de reais por ano no Brasil, assim deixou de ser uma matéria apenas do meio *fashion* e encontrou espaço em ramos como mercado financeiro, marketing e no direito.

Moda não é o mesmo que vestuário. A moda é uma forma de se expressar e vem sendo utilizada desse jeito desde a Roma antiga, quando as vestimentas tinham o objetivo de diferenciar as pessoas. Daí em diante, a moda segue sendo uma forma de comunicação e até de arte, utilizada não só por pessoas ligadas ao mundo *fashion*. Temos como grande exemplo dessa afirmação a Rainha Elizabeth II, que desde o início do seu reinado utilizou cores e formas de vestes para se manifestar.



Com o destaque da indústria da moda o direito compreendeu que deveria dedicar-se mais a esses assuntos, contudo, aplica-se a diversos ramos do Direito, como Direito do Consumidor, Direito Civil, Direito Tributário e Direito Societário. Dentre tantas áreas, as que geram maiores preocupações são a Propriedade Intelectual e o Direito Ambiental.

O *Fashion Law* surgiu nos Estados Unidos, com a criação professora Susan Safidi do *Fashion Law Institute* em 2010, dentre outras razões, o objetivo da matéria era para salvaguardar os direitos dos estilistas no que se refere às suas obras, bem como tratar especificamente de problemas ambientais causados pela indústria. O Brasil foi um dos primeiros países a aceitar essa denominação e criou o *Fashion Law & Business Institute Brazil* (FBLI) em 2012, quatro anos mais tarde, a advogada Deborah Portilho propôs a criação da Comissão de Direito da Moda (CDMD) Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio de Janeiro (OAB/RJ), a qual preside desde então.

O mercado da moda está organizado como uma pirâmide, o topo está o *high fashion* que são as marcas renomadas e criadoras de peças exclusivas e diferenciadas, e onde são desenvolvidas as tendências. A camada seguinte é o chamado *prêt-à-porter*, são marcas mais acessíveis, também famosas e desejadas. A base da pirâmide está a maior parte do mercado, são as chamadas *fast fashion*, marcas com o público mais popular. O que acontece é que as marcas elencadas como *high fashion* criam um produto, e as demais se utilizam do chamado *inspired* para seguir a tendência.

O problema atual consiste no consumo exagerado em que as empresas do *fast fashion* precisam se renovar regularmente. As empresas *fast fashion* foram criadas com o objetivo, como o nome determina, ser uma produção, além de ser uma moda mais acessível. Portanto, a fábrica cria produtos *inspired* em grifes de luxo com preços acessíveis. O grande problema é que essas lojas trocam a coleção inteira com poucas semanas de exposição, tendo em vista que os consumidores estão a cada dia adquirindo mais produtos, pois, entende-se que a moda passou a ser um instrumento de autoafirmação individual. Contudo, não existe nenhuma previsão legislativa ou política pública para estabelecer como deve ser realizado o descarte do excedente.

Diante dessa lacuna legislativa e com o crescente reconhecimento do *Fashion Law* como um ramo do direito, é que essa pesquisa foi elaborada, com o objetivo de discutir quais os institutos do Direito existentes para amparar e solucionar litígios decorrentes do mundo da moda.

Inicia-se o primeiro capítulo de trabalho apresentando as legislações que são atualmente aplicáveis aos interesses da indústria da moda, como a Constituição Federal,

discute-se se ambas são suficientes para tutelar os interesses do Fashion Law no que tange à sustentabilidade.

Segue-se ponderando segundo capítulo, a respeito da lacuna legislativa para regulamentar os impactos ambientais advindos das indústrias da moda e as consequências de um descarte inadequado das roupas não vendidas.

O terceiro capítulo discorre da responsabilidade do consumidor tendo em vista à um consumo irresponsável e como a lacuna legislativa leva à prática do *greenwashing* e o que pode ser feito para coibir o exercício dessa técnica de marketing.

A presente pesquisa tem como objetivo demonstrar que a atual legislação brasileira é deficiente para tutelar os interesses da indústria da moda, principalmente no que pese aos impactos ambientais advindos do seu funcionamento. Para tanto, é adotado o método explicativo, o qual levanta os problemas e evidencia as fontes, para exprimir a sua posição para um desfecho.

Isto posto, utiliza-se da abordagem qualitativa, através de revisão bibliográfica, qual seja, doutrina e jurisprudências e legislação.

1. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE: UMA REFLEXÃO À LUZ DOS VALORES DO *FASHION LAW*

A Constituição de 1988 foi elaborada, no fim da ditadura, com o objetivo de estabelecer os direitos e deveres fundamentais no processo de redemocratização do Brasil. Diante do contexto histórico e com atenção ao direito comparado, a Carta Magna trouxe diversos direitos fundamentais que estavam esquecidos pela sociedade, como os direitos trabalhistas, direito de igualdade, a proibição da tortura entre outros.

Com influência principalmente do direito internacional, surgiu um conjunto de normas de proteção ambiental como um capítulo próprio de direitos e deveres ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo um direito fundamental da pessoa humana.

O conjunto de princípios e regras para a manutenção de um ambiente saudável, equilibrado e seguro são previstos no artigo 225 da CF88¹, e estabelecem que são de suma importância ao desenvolvimento humano, por isso a necessidade de ser inserido como direito fundamental.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 abril 2023.



A função do Estado, de modo geral é a proteção e respeito aos seus cidadãos de modo que ofereça mecanismos para uma vida saudável e digna. Por isso, o legislador estabeleceu direitos fundamentais da pessoa humana, para uma tutela ampla e sem obstáculos a vida equilibrada, com ações negativas e positivas.

Portanto, a constitucionalização da proteção ao meio ambiente foi considerada um direito fundamental, tendo em vista que, sem um meio ambiente equilibrado não há desenvolvimento social. O meio ambiente saudável é vital para que a sociedade se desenvolva e evolua, sem isso, só haverá retrocesso.

O artigo 225² inaugura o Capítulo VI (DO MEIO AMBIENTE), em seu parágrafo primeiro o legislador organizou oito incisos com deveres que o Poder Público tem para assegurar a efetividade do direito de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Conforme se analisa no mencionado capítulo, o Poder Público tem muitas incumbências para a promoção de um ambiente saudável, no entanto, tal dever não é restrito apenas a ele, no caput está expresso que cabe também à coletividade o dever de defender e preservar.

Ainda, os parágrafos estabelecem condições como: a obrigação de recuperar o meio ambiente diante de exploração, sanções penais para condutas consideradas ofensivas ao meio ambiente etc.

Outrossim, observa-se que o legislador teve a preocupação de aprazar mecanismos para a recuperação do meio ambiente diante de atividades e explorações lesivas a este. O grande problema está na insuficiência de fiscalização e, por conseguinte, de observância a essas regras. Diante dessa falha administrativa, as indústrias, que só se preocupam com o ganho, não estabelecem políticas próprias para a obediência das normas protetivas.

Não obstante as regras constitucionais estabelecerem o dever à proteção ao meio ambiente e a promoção da sustentabilidade, estas mostram-se insatisfatórias diante da sua amplitude do cenário atual. Nota-se que é evidente à falta de uma legislação específica acerca das produções têxtis.

Em grande parte, a indústria é um dos setores produtivos que mais poluem o meio ambiente, especialmente quando o tipo de poluição do qual estamos falando é o consumo de água e a conseqüente geração de efluentes.

² *Ibid*

Entre todas as indústrias, a têxtil é a que mais gera efluentes líquidos³. Isso porque a quantidade de água necessária para o processo de confecção e beneficiamento do tecido é enorme. Com a produção, essa água se mistura a inúmeros contaminantes, sendo um exemplo os corantes usados para dar cor às roupas.

Quando esse efluente é descartado sem nenhum tipo de tratamento, ele pode causar danos irreparáveis à água, ao solo, ou seja, ao meio ambiente como um todo.

Acredita-se que o grande problema das indústrias têxtil é a forma como o mercado de moda se solidificou. Está organizado como uma pirâmide, o topo está o *high fashion* que são as marcas renomadas e criadoras de peças exclusivas e diferenciadas, e onde são desenvolvidas as tendências. A camada seguinte é o chamado *prêt-à-porter*, são marcas mais acessíveis, também famosas e desejadas. A base da pirâmide está a maior parte do mercado, são as chamadas *fast fashion*, marcas com o público mais popular.

O que acontece é que as marcas elencadas como *high fashion* criam um produto, e as demais se utilizam do chamado *inspired* para seguir a tendência. A camada do *fast fashion*, como o próprio nome diz, está sempre se renovando, marcas dessa categoria costumam trocar de coleção a cada 10 (dez) dias a 15 (quinze) dias⁴, enquanto as chamadas *high fashion* tem a duração de uma coleção toda a temporada de uma estação do ano.

Com isso, as indústrias estão produzindo com muita rapidez, o que leva à uma maior utilização de água e, matéria prima como o algodão. As rápidas mudanças na moda por grandes empresas da indústria têxtil, que por sua vez causam impacto na produção, no consumo e no meio social.

As marcas *fast fashion* são causa do problema social do consumo desenfreado, a repercussão desse consumo sem precedentes é a lesão ao meio ambiente, tendo em vista que as indústrias estão produzindo cada vez mais, e em contrapartida não há política própria, ou mesmo pública, com relação ao descarte dessas roupas e produtos.

Em 2022, o fotógrafo brasileiro Cristian Cravo registrou no deserto do Atacama um verdadeiro cemitério de peças⁵, de acordo com o fotógrafo, encontram-se peças novas com etiquetas e usadas. O deserto do Atacama está localizado no Norte do Chile, entre o Oceano

³ LUZ, Solimar. *A indústria da moda é a segunda mais poluidora do mundo, aponta estudo*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/economia/audio/2022-10/industria-da-moda-e-segunda-mais-poluidora-do-mundo-aponta-estudo#:~:text=A%20ind%C3%BAstria%20da%20moda%20%C3%A9,foram%20descartados%20em%20anos%20recentes>>. Acesso em: 04 abr. 2023

⁴ *VITRINISMO*: como captar a atenção de possíveis clientes. Disponível em: <<https://www.sebrae-sc.com.br/blog/vitrinismo-como-captar-clientes>>. Acesso em: 10 nov. 2023.

⁵ CRAVO, Christian. *Lixão Fashion, um registro fotográfico no deserto de Atacama*. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/materia/lixao-fashion/>>. Acesso em: 04 abr. 2023



Pacífico e a Cordilheira dos Andes, que já fora conhecido por sua beleza inigualável, apresenta cerca 300 de hectares de roupas e acessórios que o mercado da moda rejeitou.

As peças que são jogadas fora, evidenciam o desperdício que já está solidificado à indústria da moda, e causam sérios danos ambientais. A maioria desses produtos contém poliéster⁶, que é uma fibra artificial derivada do petróleo que leva centenas de anos para se desintegrar, e durante o processo de desgaste, os tecidos sintéticos liberam microplásticos que poluem o ar, o solo e o oceano.⁷

Portanto, é evidente a urgência de necessidade de políticas públicas para a conscientização da importância da sustentabilidade. Tal conscientização é necessária para toda a coletividade, desde as indústrias para a promoção de organização e criação de meios para o descarte das roupas e acessórios produzidos, bem como a fiscalização dos reparos devidos à eventuais danos referentes à exploração dos recursos ambientais, até aos consumidores, que devem ter um consumo mais consciente.

2. A FALTA DE POLÍTICA DE DESCARTE DA INDÚSTRIA DA MODA E O SEU IMPACTO NO MEIO AMBIENTE

O grande problema atualmente está no consumo desenfreado, principalmente no ramo têxtil. Empresas estão produzindo cada vez mais, contudo, sem qualquer política de proteção ao meio ambiente. Conforme mencionado, uma loja *fast fashion* renova as suas roupas expostas a cada 15 (quinze) dias, de certo, o questionamento é em relação as roupas que não são compradas.

A questão é uma via de mão dupla: consumidores que estão a cada dia comprando mais e por conseguinte, as indústrias estão com a maior produção do século, sem, contudo, uma política de descarte que prese pelo meio ambiente. O objetivo é sempre o financeiro.

Pesquisas apontam que no Brasil, 32 mil empresas produzem 5,5 bilhões de peças todoano, todavia, pelo menos 150 milhões dessas peças produzidas não são vendidas, e, ainda, em média, 175 mil toneladas de fios e sobras de tecido da fabricação.⁸ A respeito dessas peças que sobram e até mesmo os tecidos, não existe uma regra específica de como deve ser realizado o

⁶ *Ibid*

⁷ LEGNAIOLI, Stella. *Tecido poliéster: o que é e quais são os seus impactos*. Disponível em: <<https://www.ecycle.com.br/poliester/#Problemas-ambientais-do-poliester>>. Acesso em: 07 abr. 2023

⁸ FIORATTI, Carolina. *O que acontece com as roupas que não são vendidas nas lojas?*. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/coluna/oraculo/o-que-acontece-com-as-roupas-que-nao-sao-vendidas-nas-lojas/>>. Acesso em: 05 jun. 2023.

descarte das peças não vendidas ou materiais sobressalentes, portanto, cada indústria tem a sua forma de descarte, e essas maneiras impactam diretamente o meio ambiente. Dentre essas formas as mais comuns são: aterro sanitário, doações, *outlet*, queima e reciclagem.

O descarte no aterro sanitário pode levar a contaminação do solo e da água, além do fato de que grande parte dos itens da indústria têxtil leva algodão, plástico e metal, e por isso, demoram para se decompor. O descarte em lixões é realizado há muitos anos, porém a sociedade tomou conhecimento depois que a mídia começou a chamar o deserto do Atacama de “lixão do mundo”⁹ calcula-se que 300 hectares do deserto do Atacama estejam cobertos por lixo.

Doações, em que pese o viés da sustentabilidade essa forma ser adequada, existem problemas quanto a quantidade de produtos encaminhados para as instituições de caridade e o fluxo de demanda.

Outlet e promoções, apesar de ser uma alternativa mais responsável que o descarte em aterros e a queima, pois permite que o produto seja comprado e utilizado diante do seu valor substancialmente diminuído, pode refletir na imagem da marca.

Ressalta-se que as empresas as quais não se utilizam do recurso da promoção para manter certa exclusividade no mercado, ora, a marca do *high fashion*, não quer que o público do *fast fashion* utilizando os seus produtos. Essa é uma questão social que merece grande destaque, o mercado têxtil deixou de ter uma visão estritamente necessária tendo em vista que se trata de produtos necessários para a vida em sociedade, e passou a ter uma característica de posição social. As pessoas desejam o produto seja o *inspired* ou o mesmo original, como uma forma de posição social, a depender a marca que certa pessoa veste, ela está em uma categorial social. Isso faz com que a comercialização esteja cada vez mais frenética.

Por fim, a incineração de roupas é uma prática que algumas empresas de moda usam para se livrar de estoques indesejados, mas que tem consequências muito negativas para o meio ambiente. A queima de roupas libera dióxido de carbono e outros gases de efeito estufa na atmosfera, o que agrava o aquecimento global. Além disso, a incineração de roupas feitas de fibras sintéticas pode liberar microplásticos no ar. A indústria da moda produz 10% de todas as emissões de carbono da humanidade e é a segunda maior consumidora do suprimento de água do mundo¹⁰.

⁹PAÚL, Fernanda. ‘Lixo do mundo’: o gigantesco cemitério de roupa usada no deserto do Atacama. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60144656>>. Acesso em 07 jun. 2023.

¹⁰ A INCINERAÇÃO de resíduos prejudica o meio ambiente?. Disponível em: < <https://www.pensamentoverde.com.br/meio-ambiente/a-incineracao-de-residuos-prejudica-o-meio->

O que se percebe que a falta de legislação abrangente e rigorosa acerca do descarte do que não foi vendido nas indústrias da moda, implica em prejuízos econômicos, sociais e, principalmente, meio ambiente.

O efeito econômico negativo é o desperdício de recursos, sabe-se que a indústria da moda utiliza um volume muito grande de recursos naturais, desde o cultivo da matéria-prima, como o algodão, como a produção do tecido e a fabricação de roupas. Com isso, quando uma roupa é incinerada ou jogada em aterros, há o desperdício significativo desses recursos, como a água, as matérias-primas utilizadas na cadeia de produção e até energia elétrica.

O efeito social está novamente na crítica já revelada da sociedade, a qual revela que a falta de uma legislação específica sobre o descarte resulta em um consumo excessivo e irresponsável. Outra situação ocorre quando, por exemplo, empresas para evitar que as roupas sejam vendidas e, conseqüentemente adquiridas por pessoas que não sejam economicamente o público-alvo, queimam ou as despejam em aterros sanitários, tem como resultado a diminuição de doações para as instituições de caridade¹¹.

Diante dos fortes impactos ambientais com a cadeia de produção e, principalmente, o seu descarte, surgiu na doutrina o conceito de Responsabilidade Ampliada do Produtor, que é um princípio de gestão de resíduos que visa a responsabilização dos fabricantes pelo ciclo de vida completo de seus produtos, inclusive com o devido descarte após a sua vida útil. Esse princípio surgiu de políticas ambientais as quais entendem o importante papel dos fabricantes da redução dos impactos ambientais dos seus produtos e da sua atividade¹².

O principal objetivo da Responsabilidade Estendida do Produtor (REP), é a ideia de que a responsabilidade dos fabricantes vai além do processo de fabricação, também devem se ater à gestão de resíduos que podem ser gerados quando os produtos não são mais úteis. Desta forma, devem ser incluídos nas políticas da empresa regras quanto às coletas, reciclagem e o descarte apropriado de produtos e embalagens.¹³

Esta pesquisadora defende que algumas medidas que devem ser adotadas pelas indústrias são: um *design* sustentável, a criação das peças deve possibilitar que estas durem mais e tenham um menor impacto ambiental, inclusive incentivando a produção de roupas com

ambiente/#:~:text=O%20esgotamento%20dos%20aterros%20sanit%C3%A1rios,gases%20com%20alto%20teor%20poluidor.>. Acesso em: 07 jun. 2023.

¹¹ MARCA de luxo queima R\$ 140 milhões em estoque para evitar distribuição indevida. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2018/07/marca-de-luxo-queima-28-milhoes-em-estoque-para-evitar-distribuicao-indevida.html>>. Acesso em: 10 set. 2023.

¹² LACERDA, Eduarda de Castro. *O crescimento do modelo de produção fast fashion no Brasil: a importância da inclusão da economia circular na política nacional de resíduos sólidos*. 2022. 27 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2022.

¹³ *Ibid.*

materiais biodegradáveis. Outra medida é a promoção de reciclagem têxtil, as empresas da moda, podem, por exemplo, fornecer coletas de roupas não utilizadas que seriam descartadas e dar outro destino para elas, seja um descarte consciente ou mesmo a reutilização desse material.

A responsabilidade estendida do produtor gera uma responsabilidade compartilhada, tendo em vista que muitas vezes se criam programas com outras empresas, governos e entidades para a promoção das políticas de sustentabilidade. Nota-se que existem inúmeras formas dos produtores serem ativos na busca de um meio ambiente sustentável, a REP proporciona uma promoção da econômica circular e a conscientização dos consumidores.¹⁴

Contudo, na indústria da moda, o que se percebe é uma falha nessa responsabilização, que muitas vezes é negligenciada, o que resulta em uma gestão insuficiente do descarte. A lacuna legislativa a respeito tem como efeito uma falta de incentivo para que se promova essas medidas e políticas de sustentabilidade, visto que, se as empresas podem livremente promover o descarte de forma mais rápida e barata, dificilmente haverá o investimento em práticas voltadas à proteção do meio ambiente.

Portanto, para que se tenha a correta promoção de uma indústria da moda mais sustentável, é evidente que o legislador e os fabricantes devem trabalhar juntos para desenvolverem políticas de descarte responsável. Desta forma, uma legislação mais abrangente pode promover a sustentabilidade de diversas maneiras, primeiramente, pode haver regulamentação para impor metas de reciclagem da indústria da moda como forma de incentivo à prática, outra regulamentação útil é a proibição da queima e descarte em aterros sanitários, o que além de evitar a poluição ambiental, servirá como forma de incentivo à moda circular.

3. A VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR E A LEGITIMAÇÃO DA PRÁTICA DO *GREENWASHING*

O que se percebe é que a sociedade, de uma forma geral, está utilizando os produtos comprados, principalmente no que tange aos vestuários, de forma descartável. Uma grande crítica à sociedade atual, tendo em vista que o consumo está tomando proporções inimagináveis, sobretudo com a força da internet. Quando um produto chega às “redes” e de alguma forma “viraliza” ou alguma *influencer* usa, todos passam a querer comprá-lo. Por essa razão, surge a

¹⁴ IWASAKA, Fernanda Yumi. *Políticas públicas e economia circular: levantamento internacional e avaliação da Política Nacional de Resíduos Sólidos*. 2018. 137 f. Dissertação (Mestrado em Processos e Gestão de Operações) - Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo, São Carlos, 2018.

preocupação do fornecedor em estar sempre com novas produções para atender esse grande volume de consumo.

Na atualidade, com o consumo impensado, toda a cadeia de produção está muito veloz. Antigamente, um produto após apresentação nas passarelas nos desfiles de moda chegava às lojas tempos depois, hoje, encontramos pessoas com grande influência utilizando o produto que ainda vai ser desfilado. A partir desse momento, os consumidores do *high fashion* já estão adquirindo o produto, pouco tempo depois, as vitrines das *fast fashion* estão com o mesmo produto, isso faz com que os usuários da camada do high não queira o mesmo produto que a camada popular, e, por conseguinte, os fornecedores têm que se atualizar e fornecer novos artigos. É um círculo viciosa e está acontecendo cada vez mais rápido.

Acredita-se que a falta de informação do consumidor faz com que esses dados só aumentem. A proteção constitucional do consumidor está prevista no artigo 5º, inciso XXXII, da CF/88¹⁵, o qual estabelece a competência do Estado para promover a sua proteção. O que se tem é o princípio constitucional de proteção ao consumidor e de promoção eficiente dos direitos e interesses destes através dos direitos fundamentais.

Assim, o Estado promoveu o Código de Defesa do Consumidor¹⁶ e, um dos princípios previstos na atual legislação é o dever de informação, todo fornecedor tem o dever prestar informações claras e precisas acerca do produto para os consumidores, ocorre que, muitas vezes essas informações prestadas aos consumidores são falhas, desconexas e falsas, em especial nos produtos do ramo têxtil.

Essas informações quanto a forma em que o produto é confeccionado, a origem do material e mesmo o descarte do excedente são informações necessárias para que o consumidor pratique o seu direito de forma consciente.

Nota-se que o dever de informação ao consumidor, conforme dito, é um dever constitucional, contudo, o que se percebe é que a atual legislação é insuficiente. Existe uma lacuna legislativa, tendo em vista que não há legislação específica quanto quais são as informações que as empresas devem necessariamente prestar ao consumidor.

Muito se cobra um sistema para fiscalizar as informações que estão sendo repassadas ao consumidor, porém, como haveria uma inspeção, se não houve regras anteriormente estabelecidas a respeito da exigência de prestar informações ao usuário. Hoje em dia, com o

¹⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 jun. 2023.

¹⁶BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <L8078compilado (planalto.gov.br)>. Acesso em: 10 jun. 2023.

avanço da sociedade, algumas empresas para atrair o público, promovem certas campanhas de sustentabilidade, como a reciclagem, por exemplo.

Contudo, o que não é passado ao público é que reciclagem é realizada com a minoria do material descartado e o restante de toda a produção excedente foi descartada de forma irresponsável, por exemplo. Por essa razão indaga-se por normas estabelecendo a clareza e os detalhes que são exigidos aos consumidores.

Além da violação ao direito de informação, resta evidenciada a violação da boa-fé objetiva, pois, empresas se valendo da condição de vulnerabilidade do consumidor, indica apenas o que entende ser necessário para o seu objetivo principal: o lucro.

Diante dessa narrativa, surge, em uma parte da sociedade, uma preocupação não só com o descarte, mas também como a forma de fabricação e os tecidos utilizados. Como consequência, o consumo em brechós tem se tornado cada vez mais atrativo para essa parcela da sociedade consciente. O “consumo de segunda mão” é o considerado mais sustentável, visto que o produto já foi fabricado, e assim não serão gastos mais recursos ambientais e não haverá riscos ao meio ambiente e ainda, este, o produto, terá o seu ciclo da vida por completo.¹⁷

Por outro lado, as empresas e lojas perceberam que progressivamente perderam clientes diante dessas preocupações, por essa razão, muitas delas implementaram políticas de reciclagem, e uma fabricação mais “clean”, ou seja, visando a sustentabilidade. Tendo em vista que a indústria da moda só perde para a indústria do petróleo das mais poluentes do mundo, pois de acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), é responsável por 8% de emissão dos gases do efeito estufa e cerca de 20% de desperdício de água no mundo, ora, para produzir uma simples calça jeans gasta-se em média 7.500 litros de água.¹⁸

Além disso, a maioria das fábricas utilizam poliéster, que é um tipo de resina plástica, ou seja, proveniente do petróleo por ser mais barato do que o algodão, ocorre que, o algodão leva 2 anos para decompor, enquanto o poliéster demora pelo menos 200 anos¹⁹.

Assim, as lojas estão utilizando essa visão mais consciente de uma pequena parcela da sociedade para lucrar. Diversas varejistas como Zara, Renner, Farm, entre outras, criaram uma

¹⁷ RAMM, Elisângela Fröhlich; MORAIS, Roberto Tadeu Ramos. Brechó: empreendimento focado no consumo sustentável da moda em constante crescimento no mercado. *Revista de Administração de Empresas Eletrônica*, RAEE, n. 16, p. 86-110, 2022.

¹⁸ *NA COP26, mais de 130 empresas de moda prometem reduzir emissão de CO2*. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2021/11/1769992>>. Acesso em: 13 set. 2023

¹⁹ SIMON, Fernanda. *A verdade sobre o algodão que você veste*. Disponível em: <<https://vogue.globo.com/Sustentabilidade/noticia/2021/05/verdade-sobre-o-algodao-que-voce-veste.html>>. Acesso em: 03 jul. 2023.

linha dentro da sua produção, que dizem ser sustentável para atrair essa parcela, contudo, o que se percebe é que as informações se limitam às estratégias e companhias publicitárias.²⁰

Pesquisas apontam que 79%²¹ das empresas de grande porte no país, o conceito de sustentabilidade se restringe a um departamento ou liderança e não toda a organização da empresa, e, ainda 61% das empresas veem a sustentabilidade como uma forma de gerar valores, e a sua promoção se dá unicamente apenas por pressão social.

O termo utilizado para essas empresas que estão utilizando da consciência social a respeito da sustentabilidade é *greenwashing*. O *greenwashing* é uma prática de marketing enganosa das empresas na qual fazem alegações falsas ou exageradas a respeito da sustentabilidade daquele produto, dessa forma, apresentam ser uma marca ecologicamente preparada e preocupada com o meio ambiente, com objetivo de ganhar a confiança dos consumidores conscientes e, conseqüentemente aumentar as suas vendas²². Ocorre que, na verdade, pouco ou nada fazem para diminuir o impacto ambiental das suas produções.

A sustentabilidade não se limita apenas ao tecido que é utilizado ou a forma de descarte do material sobressalente, questionamentos a respeito da origem de matéria-prima também devem ser levantados para que empresa se torne realmente sustentável.

O couro, por exemplo, é um material que se origina da pele do animal e proporciona alta durabilidade do produto que é produzido. Porém, a indústria do couro remete muitos riscos ao meio ambiente, desde o despejo de lixo sólido e líquido, alto consumo de água e a utilização de pesticidas para impedir o crescimento de fungos durante o transporte e conservação. Ademais, pelos, restos de carne, gordura são despejados no lixo diretamente ou através de resíduos que permanecem na água e, esta não é descartada de forma apropriada.²³

Outra perspectiva é com relação a cadeia de produção sustentável, é necessário ser averiguado a forma como esse animal foi tratado até o momento do início da sua produção.

Com o advento da preocupação com o meio ambiente e a percepção que o processo de regeneração deste não é equivalente com o consumo hiper acelerado da população, o cerne da questão passa a ser a origem e, principalmente o destino da matéria-prima. Diante dessa nova narrativa, encontra-se o termo de economia circular.

²⁰ MALAR, João Pedro. *Greenwashing*: o que é e como identificar a prática da falsa sustentabilidade. Disponível em: < <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/greenwashing-o-que-e-e-como-identificar-a-pratica-da-falsa-sustentabilidade/>>. Acesso em: 15 set. 2023.

²¹ MELO, Luísa. *Empresas se dizem sustentáveis- mas não são*. Disponível em: <<https://exame.com/negocios/empresas-se-dizem-sustentaveis-mas-nao-sao/>>. Acesso em: 06 jul. 2023.

²² *Ibid*

²³ *A SUSTENTABILIDADE da indústria do couro*. Disponível em: <https://revistaadnormas.com.br/2019/03/26/a-sustentabilidade-da-industria-do-couro>>. Acesso em: 05 ago. 2023.



A economia circular abrange políticas de reciclagem, reutilização e novas formas de consumo, como o brechó. Nesse sentido, a empresa deverá ter o olhar sob o produto até o final do seu ciclo, e não somente até o momento em que o consumidor adquire o produto. Varejistas estão se reinventando para atender os critérios de preservação do meio ambiente e, dessa forma, promover a sustentabilidade real.

Empresas como a Renner criaram a estratégia da etiqueta “Re”²⁴, que consiste na reutilização de sobras de produções anteriores são reaproveitadas, desfibradas e transformadas em novos fios, para a confecção de novos tecidos, em 2021 a empresa começou a lançar peças fabricadas totalmente com sobras de tecidos reutilizados. Ainda, dentro dessa mesma política da etiqueta “Re”, a fábrica cria jeans apenas com materiais reciclados, tendo em vista que o jeans é uma das peças dentro da indústria têxtil com maior risco ao meio ambiente.

Outra empresa que tem sido pioneira na moda circular no Brasil é a Farm Rio, com diversos projetos voltados à promoção da sustentabilidade como o “Re-Farm, Re-Roupa”²⁵ em que utiliza tecidos que sobraram de confecções de outras coleções, bem como aqueles com pequenos defeitos e cria novas peças, é o denominado “Upcycling”. Também em parceria com as empresas Banco de Tecido e Nosso Tecido²⁶, promove a renda e a troca de sobras de tecidos, que na maioria são gigantes, para pequenos artesões.

Por último, também em parceria com outra empresa, a ENJOEI²⁷, a Farm Rio criou o projeto em que a pessoa que comprou o produto da loja, pode trocar a sua peça antiga por créditos para adquirir um novo produto, enquanto a sua peça antiga será revendida no site do Enjoei para que outra pessoa possa continuar a utilizá-la.

Esses são só alguns exemplos de como as empresas estão se reinventando com o objetivo de promover a sustentabilidade.

Não obstante, as novas políticas de sustentabilidade apontadas, as empresas estão caminhando, em passos lentos, para uma produção sustentável e obediência aos critérios de preservação ambiental. É notório que elucidação acerca da produção, origem da matéria-prima e o despojamento, são insuficientes e levam ao consumidor a praticar um consumo inconsciente.

²⁴CARVALHAL, André. *Jeans consciente existe*. Disponível em: <<https://blog.lojasrenner.com.br/2022/12/jeans-consciente-existe-e-andre-carvalho-mostra/>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

²⁵Equipe FARM. *Re-Farm! Re-Roupa! Reciclar é urgente!* Disponível em: <<https://adoro.farmrio.com.br/moda/re-farm-re-roupa-transformar-e-urgente/>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

²⁶Equipe FARM. *Como foi o último encontro Re-Farm*. Disponível em: <<https://adoro.farmrio.com.br/re-farm/como-foi-o-ultimo-encontro-re-farm/>>. Acesso em 05 ago. 2023.

²⁷Equipe FARM. *Enjoei + farm: um casamento primaveril em plena primavera*. Disponível em: <<https://adoro.farmrio.com.br/mundo-farm/farm-enjoei-nosso-casamento-primaveril/>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

Identifica-se, que a omissão legislativa, e, como consequência uma falta de fiscalização, é uma grande dificuldade para a atualidade. Haja visto que as atuais legislações pertinentes à proteção do meio ambiente são exíguas no que diz respeito ao *fashion law*.

Esta pesquisadora atribui essa preterição à burocratização do procedimento legislativo, portanto, uma forma de conseguir atender aos critérios constitucionais de informação clara e precisa ao consumidor, é com a promoção de cartilhas detalhadas, explicando como cada produto é criado e suas consequências e riscos ao meio ambiente.

Essas cartilhas, devem ser elaboradas por profissionais aptos a satisfazerem todas as dúvidas acerca da cadeia de produção da mercadoria. Também se mostra necessário a explanação do processo do ciclo de vida da peça, desde a sua idealização, criação, exposição, venda, e o descarte.

Atualmente, entende-se que são cinco fases de vida da peça de roupa: é o lançamento, quando a peça é exposta no mercado e os consumidores começam a tomar conhecimento da novidade; crescimento; nessa fase, o aumento é na procura pela peça e sua consequência venda; maturidade: é o ápice de popularidade, hoje em dia, as fases de crescimento e maturidade se confundem, tendo em vista que são muito rápidas e o lapso temporal entre elas é ínfimo; declínio: quando a peça produzida perde espaço para as novas tendências e suas vendas são reduzidas; e, por fim, o desaparecimento: é nessa fase que o produto sai de circulação do mercado, e por essa razão é descartada das formas já explicitadas.²⁸

Dessa forma, diante da lacuna legislativo a respeito da especificidade de informações que devem ser apresentadas ao consumidor e a forma como devem ser feitas, tem como consequência um consumo irresponsável. Portanto, apesar de algumas empresas estarem se adaptando a uma evolução social e com um olhar mais sustentável, ainda se faz necessária as apresentações adequadas para um consumo consciente.

CONCLUSÃO

A indústria da moda trouxe grandes impactos para o meio ambiente, dessa forma o novo ramo do direito, chamado de Fashion Law ou Direito da Moda, surgiu como uma resposta à essas complicações, com o objetivo de alinhar a moda, o consumo consciente e a sustentabilidade ambiental.

²⁸ SANTOS, Isabella Silva dos. *Sustentabilidade no ciclo de vida do vestuário: perspectiva a partir do discurso de marcas brasileiras de moda sustentável*. 2019. 94 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciência Ambiental). Departamento de Análise Geoambiental, Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2019.



Diante do cenário de grandes impactos ao meio ambiente advindos da indústria da moda, seja pela poluição emitida ou através da contaminação de água e solo com a sua produção, seja pelo descarte inapropriado, surgiu a necessidade uma legislação globalizante e mais rígida, tendo em vista que não há regulamentação específica quanto à cadeia de produção das peças de roupa. Dessa força, cada indústria tem uma produção diferente, e a consequência é a utilização de matéria-prima de forma inapropriada e uma confecção sem a preocupação com o meio ambiente.

Notou-se que uma das causas que amplifica os impactos ambientais é o consumo exagerado da sociedade. Esse consumo irresponsável levou as empresas *fast fashion* promoverem uma produção em massa, com peças quase descartáveis, e muitas vezes, tendo em vista ao valor substancial pelo qual a peça é vendida, para baratear, a produção é feita de forma irresponsável, utilizando-se matérias-primas de qualidade inferiores e com o descarte mais barato, ou seja, o aterro sanitário.

Portanto, a conscientização do consumidor tem um papel importante na busca de um meio ambiente equilibrado, tendo em vista que, ao passo que a sociedade teve acesso a informações adequadas quanto ao todo processo de fabricação da peça, desde o cultivo da matéria-prima, até o fim do ciclo de vida, levou à compreensão da necessidade de um consumo consciente.

Empresas notaram que uma parcela da sociedade disposta a fazer escolhas mais sustentáveis no seu consumo, e, diante dessa elucidação, criaram práticas de marketing falsa, que a doutrina chama de *greenwashing*. Essa forma de enganosa de marketing se trata da prestação de informações inadequadas ou insuficientes acerca de uma escolha sustentável da empresa na sua fabricação. Como por exemplo, uma empresa que tem apenas uma linha com observação ao desenvolvimento sustentável, informa ao consumidor que toda a sua empresa é adequada à promoção de um meio ambiente equilibrado.

Dessa forma, verificou-se que mais uma vez, a necessidade da promoção de uma legislação ampla e rígida, para que haja uma fiscalização e responsabilização. Hoje, existe uma grande dificuldade em sancionar a prática do *greenwashing*, haja vista que não há uma regulamentação que limite quais são as informações que devem efetivamente serem prestadas ao consumidor, e, ressalta-se, a consequência dessa lacuna é um consumo irresponsável. Constatou-se que a promoção de cartilhas informativas e explicativas sobre a cadeia de produção e as consequências que o consumo descuidado de ignorante traz.

Portanto, existe uma co-responsabilidade entre o legislador, os fabricantes e o consumidor. O papel do legislador é fundamental para regular as necessidades de um



desenvolvimento sustentável, diante de regras, cabe aos fabricantes segui-las e, aos consumidores, devem ter a conscientização de compras e utilização sustentável.

REFERÊNCIAS

A INCINERAÇÃO de resíduos prejudica o meio ambiente?. Disponível em: <A incineração de resíduos prejudica o meio ambiente? | Pensamento Verde>. Acesso em: 07 jun. 2023.

A SUSTENTABILIDADE da indústria do couro. Disponível em: <https://revistaadnormas.com.br/2019/03/26/a-sustentabilidade-da-industria-do-couro/>. Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 abril 2023

_____. *Código de Defesa do Consumidor.* Disponível em: < L8078compilado (planalto.gov.br)>. Acesso em: 10 jun. 2023.

CARVALHAL, André. *Jeans consciente existe.* Disponível em: <<https://blog.lojasrenner.com.br/2022/12/jeans-consciente-existe-e-andre-carvalho-mostra/>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

CRAVO, Christian. *Lixão Fashion, um registro fotográfico no deserto de Atacama.* Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/materia/lixao-fashion/>>. Acesso em: 04 abr. 2023

Equipe FARM. *Re-Farm! Re-Roupa! Reciclar é urgente!* Disponível em: <<https://adoro.farmrio.com.br/moda/re-farm-re-roupa-transformar-e-urgente/>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

_____. *Como foi o último encontro Re-Farm.* Disponível em: <<https://adoro.farmrio.com.br/re-farm/como-foi-o-ultimo-encontro-re-farm/>>. Acesso em 05 ago. 2023.

_____. *Enjoei + farm: um casamento primaveril em plena primavera.* Disponível em: <<https://adoro.farmrio.com.br/mundo-farm/farm-enjoei-nosso-casamento-primaveril/>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

FIORATTI, Carolina. *O que acontece com as roupas que não são vendidas nas lojas?*. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/coluna/oraculo/o-que-acontece-com-as-roupas-que-nao-sao-vendidas-nas-lojas/>>. Acesso em: 05 jun. 2023.

IWASAKA, Fernanda Yumi. *Políticas públicas e economia circular: levantamento internacional e avaliação da Política Nacional de Resíduos Sólidos.* 2018. 137 f. Dissertação

(Mestrado em Processos e Gestão de Operações) - Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo, São Carlos, 2018.

LACERDA, Eduarda de Castro. *O crescimento do modelo de produção fast fashion no Brasil: a importância da inclusão da economia circular na política nacional de resíduos sólidos*. 2022. 27 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2022.

LEGNAIOLI, Stella. *Tecido poliéster: o que é e quais são os seus impactos*. Disponível em: <<https://www.ecycle.com.br/poliester/#Problemas-ambientais-do-poliester>>. Acesso em: 07 abr. 2023

LUZ, Solimar. *A indústria da moda é a segunda mais poluidora do mundo, aponta estudo*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/economia/audio/2022-10/industria-da-moda-e-segunda-mais-poluidora-do-mundo-aponta-estudo#:~:text=A%20ind%C3%BAstria%20da%20moda%20%C3%A9,foram%20descartado s%20em%20anos%20recentes>>. Acesso em: 04 abr. 2023

MALAR, João Pedro. *Greenwashing: o que é e como identificar a prática da falsa sustentabilidade*. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/economia/greenwashing-o-que-e-e-como-identificar-a-pratica-da-falsa-sustentabilidade/>>. Acesso em: 15 set. 2023.

MARCA de luxo queima R\$ 140 milhões em estoque para evitar distribuição indevida. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2018/07/marca-de-luxo-queima-28-milhoes-em-estoque-para-evitar-distribuicao-indevida.html>>. Acesso em: 10 set. 2023.

MELO, Luísa. *Empresas se dizem sustentáveis- mas não são*. Disponível em: <<https://exame.com/negocios/empresas-se-dizem-sustentaveis-mas-nao-sao/>>. Acesso em: 06 jul. 2023.

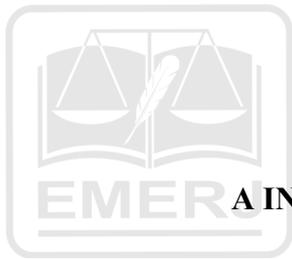
NA COP26, mais de 130 empresas de moda prometem reduzir emissão de CO2. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2021/11/1769992>>. Acesso em: 13 set. 2023

PAÚL, Fernanda. *'Lixo do mundo': o gigantesco cemitério de roupa usada no deserto do Atacama*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60144656>>. Acesso em 07 jun. 2023.

RAMM, Elisângela Fröhlich; MORAIS, Roberto Tadeu Ramos. Brechó: empreendimento focado no consumo sustentável da moda em constante crescimento no mercado. *Revista de Administração de Empresas Eletrônica*, RAEE, n. 16, p. 86-110, 2022.

SANTOS, Isabella Silva dos. *Sustentabilidade no ciclo de vida do vestuário: perspectiva a partir do discurso de marcas brasileiras de moda sustentável*. 2019. 94 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciência Ambiental). Departamento de Análise Geoambiental, Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2019.

SIMON, Fernanda. *A verdade sobre o algodão que você veste*. Disponível em: <<https://vogue.globo.com/Sustentabilidade/noticia/2021/05/verdade-sobre-o-algodao-que-voce-veste.html>>. Acesso em: 03 jul. 2023



A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O FUTURO DA JUSTIÇA: UMA ANÁLISE SOBRE OS IMPACTOS NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Mariana Amorim Slater

Graduada pelo Centro Universitário IBMEC RJ. Advogada.

Resumo – é fato que a sociedade tem passado por diversas transformações as quais o direito deve sempre acompanhar. Com o advento das novas tecnologias implementadas para se alcançar a celeridade processual, o sistema judiciário brasileiro passou a adotar algumas ferramentas dotadas de inteligência artificial para auxiliar nas mais diversas formas, como por exemplo, em sua parte burocrática. Dessa forma, com o intuito de dar segurança jurídica às partes e ao processo em si, veio a Resolução de n. 332 de 2020 do Conselho Nacional de Justiça a fim de recomendar diretrizes éticas para a utilização dessas ferramentas no jurídico brasileiro. Assim, o presente estudo se concentrou em estudar as ferramentas de inteligência artificial em funcionamento no Judiciário Brasileiro, bem como os seus efeitos e desafios a serem enfrentados. Para a realização dessa pesquisa foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com a técnica da pesquisa bibliográfica, empregando o tipo exploratório, com abordagem qualitativa.

Palavras-chave – Inteligência Artificial; Resolução de n. 332 do CNJ; Poder Judiciário; Sistema Judiciário Brasileiro.

Sumário – Introdução. 1. A inteligência artificial: conceito e funcionalidade. 2. O Judiciário brasileiro e sua morosidade. 3. Os principais desafios e impactos da inteligência artificial no sistema judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva discutir a aplicabilidade e a utilidade da Inteligência Artificial (IA) no contexto do Poder Judiciário Brasileiro, tendo em vista o seu crescimento exponencial ao longo do tempo. Procura-se demonstrar que, embora a IA possua o potencial de agilizar os processos burocráticos dos tribunais, é importante que sua utilização seja regulamentada com prudência, pois impacta em diversos setores do país.

Para tanto, abordam-se estudos e pesquisas a respeito do tema com a finalidade de discutir qual é o método mais adequado para realizar o tratamento dessa ferramenta nos sistemas brasileiros.

Destaca-se que estudos comprovam que a maioria dos tribunais já possui um projeto em andamento, que utiliza essa tecnologia, como por exemplo, o sistema Athos, desenvolvido pelo Superior Tribunal de Justiça para a automação do exame de admissibilidade recursal. Vale mencionar que a plataforma reúne processos por critérios semânticos para criação de temas repetitivos da controvérsia e que nos anos de 2020 e 2021,

o sistema teve 40% de participação na formação de controvérsias. Somente 16% dos temas foram cancelados. No período, houve um acréscimo de 211% no número de requisições das funcionalidades disponíveis no sistema.

No entanto, a maioria das iniciativas do Poder Judiciário estão relacionadas ainda a um modo “supervisionado” da IA, isto é, existe a necessidade de que um especialista gerencie os atributos do processamento para garantir a efetividade da ferramenta. Por outro lado, já existem estudos para que sejam realizadas outras funções, como: auxiliar a elaboração de textos jurídicos, reconhecer detentos através da face, identificar classe e assunto do processo a partir da petição inicial, identificar processos com similaridades e repercussão geral, realizar movimentos processuais e decisões de magistrados com a devida autorização competente e predição de séries temporais, a fim de subsidiar a criação de políticas públicas.

Dessa forma, ainda que inicialmente a IA esteja sendo utilizada para questões mais burocráticas e morosas, já é fato que existe um aumento na celeridade e assertividade das decisões judiciais quando a utilizam e isso decerto promoverá mudanças. Isso porque, ao judiciário urge que se aumente a celeridade e a objetividade na resolução dos litígios.

Nessa linha, é provável que a estrutura do sistema judicial brasileiro seja alterada se tais ferramentas assumirem a função jurídica. Todavia, o Brasil está preparado para a utilização dessa tecnologia? O tema é bastante recente e merece atenção, tendo em vista que ainda não existe uma regulamentação concreta sobre a utilização dessa máquina no Poder Judiciário.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho conceituando a inteligência artificial, demonstra-se a sua utilização em diversos setores até chegar ao sistema de justiça brasileiro, bem como a recente decisão do CNJ sobre o tema, com o objetivo de contextualizar a sua aplicabilidade na esfera jurídica.

No segundo capítulo, pondera-se sobre o poder judicial brasileiro, com indicativos sobre a sua morosidade, afim de apresentar a IA como uma efuaz opção para agilizar os procedimentos em andamento no judiciário.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação dessa ferramenta no Poder Judiciário brasileiro, uma vez que ainda pende de regulamentação, e, portanto, apesar da evolução das técnicas, ainda é difícil ponderar a complexidade da tomada de decisão judicial feita pela IA e as consequências dessas decisões para os seres humanos e para a sociedade.

Nesse contexto, o presente trabalho, objetiva-se discutir de que maneira a inteligência artificial é aplicada no Poder Judiciário e os obstáculos a serem transpostos e

implicações da adoção dessa inovadora tecnologia na tomada de decisões legais.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação e doutrina) – para sustentar a sua tese.

1. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: CONCEITO E FUNCIONALIDADE

Objetivamente, a inteligência artificial pode ser entendida como o desenvolvimento de ferramentas informáticas que simulem a inteligência humana ou que realizem funções a ela relacionadas, como por exemplo, raciocínio, aprendizagem, habituação e cognição com o meio físico etc.

Nesse sentido, o conceito de inteligência artificial abrange diversas técnicas que, diferentemente da inflexibilidade dos sistemas de programação tradicionais, buscam inserir nessa ferramenta a capacidade de criatividade, adaptabilidade e comportamento autônomo, tais como *machine learning* (aprendizagem de máquina) e *deep learning* (aprendizagem profunda)¹, por meio de redes neurais artificiais², processamento da linguagem natural (*natural language processing*) e análise de grandes conjuntos de dados (*big data*).

A expressão inteligência artificial foi grafada pela primeira vez por John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester e Claude Shannon em documento datado de 31 de agosto de 1955, nomeado ‘‘A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence’’. Foi uma proposta de realização do primeiro evento científico sobre tema, que ocorreu em 1956, considerado como o marco inicial do estudo da inteligência artificial, estabelecendo-se, a partir daí, como uma ciência autônoma.

A vontade de inovar com essa ferramenta foi diminuindo com as décadas seguintes, em razão do alto grau de complexidade de pesquisa e o desenvolvimento da tecnologia para o seu uso. No entanto, nos últimos anos, houve novamente o crescimento pelo interesse em sua utilização, em razão dos avanços alcançados pelos computadores atuais, com grande

¹TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência artificial: reflexos no sistema do Direito. *Revista do Programa e Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 38.2, p. 53-68, jul.-dez. 2018. Disponível em: www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20493/95963. Acesso em: 04 abr, 2023. p. 60.

²ARTERO, Almir Olivette. *Inteligência artificial: teoria e prática*. São Paulo: Livraria da Física, 2009. p. 121-152.

capacidade de processamento e armazenamento de dados, em conjunto com o próprio desenvolvimento da ciência.

Nessa linha, o desejo de utilizar essa inovação tecnológica não seria diferente na esfera do Direito. Assim, a partir de pesquisas, a inteligência artificial já pode ser utilizada de diversas maneiras no âmbito jurídico, conforme o objetivo almejado. Todavia, vale ressaltar que, são comumente criadas para necessidades de ordem prática, como por exemplo, agilizar a tramitação de processos judiciais, automatizar atividades burocráticas e repetitivas, padronizar rotinas e entendimentos, através da avaliação de como os juízes ou tribunais se comportam, evitar falhas humanas etc.

Para que um programa de computador seja capaz de desempenhar atividades jurídicas ele deve possuir meios de não apenas responder questões, mas também de explicar suas respostas de forma inteligível aos profissionais do direito³. Ademais, para se formular argumentos legais, é necessário seguir certos padrões de estruturação, identificação e relação entre conceitos, como, por exemplo, padrões probatórios e a autoridade de normas legais ou decisões de tribunais superiores⁴.

Não obstante, essa ferramenta, em especial quando direcionadas à tomada de decisão, com base no desenvolvimento de modelos lógico-rationais para assimilar e aplicar textos legais e jurisprudenciais, utilizando a mesma linha de raciocínio do julgador, ainda que motivada por razões práticas, pode gerar repercussões teóricas, de natureza jurídica e filosófica.

Nesse contexto, com significativo aumento na utilização da inteligência artificial, não apenas mundialmente, como também no Brasil, além das diversas consequências do uso dessa ferramenta em diversos setores da sociedade, é imprescindível que o ordenamento jurídico brasileiro possua normas que regulem esse assunto, com o intuito de proteger direitos e estabelecer limites.

Em 2019, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) elaborou o documento “*OECD Council Recommendation on Artificial Intelligence*”⁵, com o propósito de orientar o uso e fomentar a inteligência artificial entre os membros do conglomerado econômico, é importante destacar que, mesmo sem fazer parte da OCDE, o Brasil, representado pelo Ministério das Relações Exteriores, desempenhou um papel na

³ASHLEY, Kevin D., *op. cit.*, p. 23.

⁴*Ibid.*, p. 26.

⁵OECD. *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em: 31 jul. 2023.



elaboração do documento e formalizou sua assinatura em maio de 2019 durante uma conferência realizada pela organização.

Tal documento, é baseado em cinco princípios estruturantes: o avanço inclusivo, o desenvolvimento sustentável e a promoção do bem-estar (a utilização da IA deve ser voltada para fomentar o desenvolvimento sustentável e a redução das disparidades); equidade e a adoção de princípios centrados nos valores humanos (a IA deve ser compatível com o Estado de direito, os direitos humanos, os princípios democráticos, a diversidade e a justiça social); transparência (é crucial garantir que informações relativas a sistemas de IA sejam divulgadas de maneira responsável, permitindo compreensão e contestação); robustez, segurança e proteção (devem ser incorporados mecanismos de rastreabilidade e gestão de riscos em todas as fases do ciclo de vida de sistemas com IA); e por último, a capacidade de auditoria (os desenvolvedores de IA devem assumir a responsabilidade pelo correto funcionamento dos sistemas e pela adesão a todos os princípios mencionados anteriormente).

Esse tipo de documento é de extrema importância no meio jurídico, seja para aumentar a fiscalização do uso dessa ferramenta, com a finalidade de implementar valores éticos e racionais, como também para gerir a proteção de dados cibernéticos.

Nessa linha, o CNJ promulgou a resolução de n. 332 de 2020⁶, que aborda, entre outras questões, a governança relacionada à produção e ao uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário. Importante destacar que os objetivos da Resolução se encontram no Capítulo I, das disposições gerais, mais especificamente no artigo 2º, o qual explica que as ferramentas de IA no sistema jurídico visam o bem-estar das partes jurídicas, bem como uma prestação da jurisdição de forma mais justa, além de auxiliar na forma de descobrir métodos que facilitem e possibilitem o alcance desses objetivos.

Logo após, em seu artigo 10, é previsto que é de responsabilidade exclusiva do CNJ a governança do uso de IA no Poder Judiciário, juntamente com outras funções, incluindo a notificação ao Conselho Nacional de Justiça sobre pesquisas, desenvolvimentos, implantações ou usos de Inteligência Artificial, bem como seus objetivos e resultados pretendidos; a promoção de esforços para atuar em um modelo comunitário, proibindo o desenvolvimento simultâneo de iniciativas com objetivos semelhantes a projetos já em andamento; e o depósito do modelo de Inteligência Artificial no Sinapses.

Dessa forma, é notório que essa resolução foi uma importante etapa para continuar, de maneira eficaz, com a utilização da inteligência artificial no sistema judiciário brasileiro.

⁶BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 332/2020*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2023.



Isso porque, ainda que essa ferramenta seja utilizada apenas para questões mais práticas, há indícios de que no futuro, exista a perspectiva de criação da IA com capacidade de decidir judicialmente, de forma efetiva, por iniciativa própria, isto é, sem a ajuda de seres humanos.

Não obstante, embora seja de extrema relevância a Resolução n. 332, não se deve perder de vista que as orientações do CNJ dizem respeito apenas ao âmbito administrativo-disciplinar, carecendo de caráter legal e podendo sofrer modificações a cada nova composição do órgão. Assim, torna-se imperativo a promulgação de regulamentações legislativas para abordar esse tema.

2. O JUDICIÁRIO BRASILEIRO E SUA MOROSIDADE

A morosidade da prestação jurisdicional é, de fato, um problema bastante complexo. Não advém de uma única causa, mas sim da combinação de fatores que completam com a ineficiência da atividade-fim do Judiciário.

Nesse sentido, é inegável que as inovações tecnológicas desempenham um papel crucial, aprimorando tanto a eficácia quanto a eficiência da prestação de serviços jurídicos, além de aperfeiçoar a governança e a gestão das práticas judiciais. Portanto, a discussão sobre o impacto da implementação da inovação no cenário do Poder Judiciário brasileiro ganha uma importância extraordinária.

A eficiência no âmbito judicial deve ser vista à luz das novas tecnologias. Isso implica que o planejamento das atividades judiciais deve ser conduzido de forma transparente e controlada, com métricas que avaliam o desempenho por meio de metas realistas. Tais métricas desempenham um papel fundamental na delimitação das estratégias organizacionais, impactando diretamente a prestação de serviços jurídicos e judiciais.

É notório que o Brasil enfrenta um sistema judiciário sobrecarregado com um grande volume de processos. Como resultado, é inevitável que o tempo de tramitação muitas vezes não corresponda aos prazos processuais estabelecidos na legislação. Essa situação não é totalmente devida à incompetência humana, mas, à complexidade inerente à análise de cada caso e suas circunstâncias, o que demanda tempo.

Em outras palavras, por mais eficiente que a administração judicial seja, é natural que a tramitação seja demorada. No entanto, isso não significa que deve-se aceitar atrasos excessivos. Embora seja impossível estabelecer prazos definitivos no sistema judiciário brasileiro, o senso comum das partes envolvidas deve sempre prevalecer, com o objetivo de colaborar para que o processo transcorra da maneira mais eficaz possível.



Certo é que a utilização de algoritmos contribui para minimizar fatores externos aleatórios tipicamente humanos, tais como cansaço e instabilidade emocional, mas eles também estão sujeitos a vieses estruturais decorrentes do sistema jurídico, da forma como eles são treinados e de sua própria programação.⁷

Em meados de 2022, quando foi elaborado o último relatório Justiça em Números⁸, o CNJ relatou com base em dados previstos para o ano de 2021, que apontou a existência de aproximadamente 77,3 milhões de processos em andamento nos tribunais brasileiros. Portanto, ao contrário do que muitos presumem, os dados indicam que a questão da demora não está vinculada à ineficiência dos juízes. Cada magistrado no Brasil, julgou em média 6,3 processos por dia útil, o que conforme o levantamento, gera uma produtividade de 1.588 processos baixados por magistrado, um número significativo.

Além disso, o Índice de Produtividade de Magistrados (IPM) cresceu 11,6% em 2021, esse índice é calculado a partir da relação entre o volume de casos baixados e o número de juízes e juízas que atuaram durante o ano na jurisdição.

Vale também mencionar que no tocante à carga de trabalho líquida – quando se desconsidera processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório como parte do acervo – da magistratura, verifica-se um crescimento de 4%. Já o Índice de Produtividade dos Servidores (IPS-Jud) apresentou um crescimento de 13,3%. Para os servidores que atuam na área judiciária, a carga de trabalho cresceu em 6,4%, acumulando de 543 processos por pessoa.

A fonte do problema, ao que tudo indica, não se relaciona também com a escassez de recursos. As despesas totais do Poder Judiciário correspondem a 1,2% do PIB nacional, ou a 9,64% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Ademais, conforme o relatório, no ano de 2021, houve redução de 5,6% em relação das despesas totais ao último ano.

Não somente isso, os dados apontam que, ao contrário de países com sistemas judiciais mais ágeis, o Brasil enfrenta um alto índice de litigância. No decorrer do último ano, mais de vinte e sete milhões de novos processos foram registrados no sistema judiciário brasileiro.

⁷BUOCZ, Thomas Julius. *Artificial Intelligence in Court: Legitimacy Problems of AI Assistance in the Judiciary*, p. 44. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/59db92336f4ca35190c650a5/t/5ad9da5f70a6adf9d3ee842c/1524226655876/Artificial+Intelligence+in+Court.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2023.

⁸BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2022: ano-base 2021*, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros>. Acesso em: 30 jul. 2023.

Nesse sentido, é notório que, o uso de inteligência artificial na tomada de decisões judiciais se coloca como uma alternativa viável para combater a lentidão, com o objetivo de acelerar os processos em tramitação no sistema judiciário.

Frente a essa situação, é notável o substancial aumento, conforme relatório do Conselho Nacional de Justiça, no número de projetos relacionados à inteligência artificial no Poder Judiciário durante o ano de 2022⁹. A pesquisa revelou a existência de 111 projetos em fase de desenvolvimento ou já implementados nos tribunais. Esse dado representa um crescimento significativo de 171% em comparação ao levantamento efetuado no ano anterior, no qual apenas 41 projetos haviam sido registrados. Além disso, observou-se uma ampliação no número de órgãos judiciários que atualmente incorporam projetos de inteligência artificial.

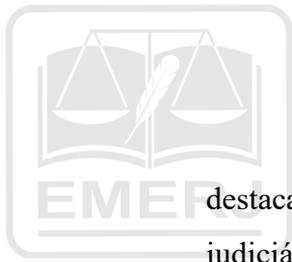
Assim, vale mencionar que, atualmente, 53 tribunais se dedicam à elaboração de soluções com o uso dessa tecnologia, em contraste com os 32 órgãos que se declararam envolvidos na pesquisa anterior. Notavelmente, mesmo aqueles tribunais sem projetos na área, majoritariamente pertencentes aos ramos eleitoral e trabalhista, já desfrutam de soluções implementadas ou em fase de estudo por seus tribunais superiores ou pelo respectivo conselho superior, evidenciando que também colhem benefícios de iniciativas nacionais.

Adicionalmente, foram contabilizados 85 novos projetos, com o cancelamento ou suspensão de 12 projetos registrados no ano passado. Mais da metade das soluções, isto é, 63 projetos, já estão operacionais ou prontos para uso, enquanto 18 estão em estágios avançados de desenvolvimento, 20 estão em estágios iniciais e 10 ainda não foram iniciados. É digno de nota que a grande maioria desses projetos impacta um considerável volume de processos judiciais, beneficiando mais de mil deles, o que equivale a 90% dos projetos.

É imperativo ressaltar que os principais impulsionadores para a adoção de ferramentas de inteligência artificial pelos tribunais são o aprimoramento da produtividade, a busca por inovação, a melhoria da qualidade dos serviços judiciários e a redução de custos. Ademais, a utilização dessa tecnologia pode agilizar e otimizar substancialmente os procedimentos no âmbito do Poder Judiciário, resultando em benefícios generalizados para os indivíduos que buscam o sistema de Justiça.

A título de exemplo no campo das soluções baseadas em inteligência artificial,

⁹CONJUR. *Inteligência artificial está presente na maioria dos tribunais brasileiros*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-18/inteligencia-artificial-presente-maioria-tribunais>. Acesso em: 31 jul. 2023.



destaca-se a criação de uma plataforma em nuvem que promove a integração dos sistemas judiciais, visando consolidar o fluxo de processos e compartilhar recursos tecnológicos entre os tribunais do Brasil. Nessa iniciativa, incluem-se modelos de inteligência artificial e um repositório unificado de dados referentes aos processos em curso no país.

É relevante ressaltar um notável incremento na concepção de modelos voltados para o Processo Judicial Eletrônico (PJe), que agora abrangem 55% dos projetos. Dentro dessa categoria, a variedade é substancial, abarcando desde ferramentas de classificação, agrupamento e similaridade de processos até assistentes virtuais e sistemas de reconhecimento facial.

A maioria dessas soluções é desenvolvida *in-house*, predominantemente pelas equipes dos órgãos judiciais, muitas vezes em colaboração com instituições acadêmicas, como universidades, ou com outros tribunais. Em consequência, a maior parte desses projetos oferece acesso ao código-fonte dos modelos criados e à documentação dos projetos, simplificando o compartilhamento e aprimoramento.

Nesse mesmo estudo, é digno de nota que aproximadamente 70% dos tribunais contam com equipes dedicadas para o desenvolvimento desses projetos, com uma média de quatro profissionais por iniciativa. No entanto, constatou-se a necessidade de recursos humanos altamente especializados representa um dos principais desafios no desenvolvimento desses projetos, juntamente com o elevado volume de demandas, o que pode limitar a condução de pesquisas em inteligência artificial.

Em um ângulo mais otimista, destaca-se que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) está atentamente focado na formação profissional, atualmente oferecendo cursos destinados às equipes de inteligência artificial indicadas pelos tribunais. Além disso, no início deste ano, o CNJ emitiu uma resolução que determina que os tribunais desenvolvam planos de capacitação para seus colaboradores. Vale ressaltar que essa norma também estipula que os futuros concursos públicos incluam requisitos de conhecimento técnico mínimo para atuação na área.

3. OS PRINCIPAIS DESAFIOS E IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO SISTEMA JUDICIÁRIO

O uso da inteligência artificial no sistema judiciário brasileiro enfrenta obstáculos que antecedem a concretização desses sistemas providos de capacidade cognitiva. Entre essas barreiras, ressalta-se a necessidade de digitalização dos processos físicos, uma vez que



a análise de processos judiciais por sistemas inteligentes depende da disponibilidade de versões digitais dos mesmos. Para que uma máquina seja capaz de avaliar e proferir decisões a respeito de um processo, é essencial que esteja em formato digital.

Nesse sentido, vale mencionar que segundo os dados do CNJ¹⁰, até o final do ano de 2022, em torno de 20% dos processos brasileiros ainda permanecem em formato físico. Embora alguns tribunais já tenham alcançado a digitalização completa de seus processos, como a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral, outros ainda estão no caminho do processo de digitalização, como o TJES, TJSP e TRF3. Sendo assim, o primeiro obstáculo consiste em atingir a digitalização integral dos processos judiciais.

A introdução dessa tecnologia não apenas busca agilizar os processos de julgamento, mas também visa eliminar o erro humano, excluindo-o da equação. Projetos de inteligência artificial que já estão operacionais no sistema judiciário brasileiro indicam que essas ferramentas, mesmo quando aplicadas em atividades administrativas ou nas fases que precedem a decisão efetiva, já estão contribuindo para tornar o processamento dos julgamentos mais eficiente.

No entanto, assuntos relacionados a cognição e a necessidade de constante atualização, incluindo a superação de precedentes, ainda demonstram ser desafios significativos para a implementação de tecnologias com habilidade de tomar decisões judiciais de forma autônoma.

A utilização de mecanismos influenciados por vieses cognitivos humanos, em vez de promover uma maior objetividade e segurança jurídica, poderia resultar na reprodução de decisões tendenciosas, perpetuando padrões discriminatórios de forma padronizada e automática. Dessa forma, o desenvolvimento de uma solução de inteligência artificial imparcial envolve superar a padronização dessa tecnologia.

O desafiante processo de implementação de uma ferramenta isenta de vieses está mais relacionado à qualidade dos dados utilizados no treinamento do sistema do que à quantidade de dados. Ainda que a base de dados seja de alta qualidade, ela não pode abranger todas as nuances possíveis dos conflitos sociais que chegam ao judiciário. Um sistema que se baseia em casos paradigmáticos para aprendizado pode ser inadequado para lidar com demandas únicas. Mesmo quando existem precedentes, a utilização da IA pode restringir a capacidade de contornar esses precedentes, o que, por sua vez, pode resultar em uma

¹⁰BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2021*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2023.



jurisprudência rígida e prejudicar direitos fundamentais.

Assim, o recurso de apelação e o princípio do duplo grau de jurisdição precisariam ser reavaliados em um ambiente onde as decisões fossem totalmente automatizadas por máquinas. Propor uma revisão da decisão pelo mesmo sistema raramente levaria a resultados diferentes. No entanto, a adoção de um sistema distinto, capaz de alterar a decisão inicial, suscitaria preocupações sobre a imparcialidade do Poder Judiciário.

Apesar da importância dos desafios mencionados, garantir a segurança, incluindo a prevenção contra invasões de *hackers*, surge como um dos principais entraves para a implantação de um sistema autônomo de tomada de decisões. Recentemente, o setor público brasileiro sofreu ataques cibernéticos prejudiciais que resultaram na exposição dos dados de mais de 220 milhões de pessoas.¹¹

Cumpra-se chamar atenção para o fato de que o próprio Supremo Tribunal Federal sofreu mais de 2 milhões ataques cibernéticos considerados críticos em 7 meses — entre novembro de 2021 e maio de 2022. O mais grave ocorreu em maio de 2021, quando um ataque *hacker* derrubou todos os acessos ao site da Corte, incluindo informações internas, mas não comprometeu dados sigilosos contidos no sistema.¹²

Ataques críticos são aqueles em que pode haver algum tipo de comprometimento de segurança do site. Ainda nesta classificação, 3,34% dos ataques foram considerados de severidade média e 2,44%, de alta e 0,33%, baixa. Em anos anteriores, a maioria dos ataques ao Supremo era do nível médio de alerta.¹³

Dessarte, caso os agentes criminosos, lograssem em modificar ou alterar o sistema de decisão do Poder Judiciário, de modo a alterar o método de aprendizado, possuiriam o poder de modificar as tomadas de decisões judiciais no judiciário brasileiro quando quisessem, o que poderia ocasionar inúmeros danos ao país, a justiça e aos indivíduos.

Os riscos associados à implementação da IA são consideráveis e, portanto, não devem ser subestimados. Estudos indicam que é através da constante busca pelo aprimoramento de cada sistema que utiliza mecanismos de IA que se pode melhor combater esses desafios, principalmente englobando questões como a utilização da ética nessa

¹¹REVISTA EXAME. *PF prende hacker por vazamento de dados de 220 milhões de brasileiros*. Disponível em: <https://exame.com/brasil/pf-prende-hacker-por-vazamento-de-dados-de-220-milhoes-de-brasileiros/>. Acesso em: 31 ago. 2023.

¹²JOTA. *STF sofreu mais de 2,4 milhões de ataques cibernéticos críticos em 7 meses*. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-sofreu-mais-de-24-milhoes-de-ataques-ciberneticos-criticos-em-7-meses-22082022>. Acesso em: 31 ago. 2023.

¹³REVISTA VALOR. *STF sofreu quase 2,5 milhões de tentativas de ataques hacker em 7 meses*. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/08/22/stf-sofreu-quase-25-milhoes-de-tentativas-de-ataques-hacker-em-7-meses.gh.html>. Acesso em: 31 ago. 2023.

ferramenta¹⁴. Portanto, o aprimoramento dos meios de segurança e gerenciamento de crises é um obstáculo imprescindível para a utilização de sistemas compostos por IA, que possam tomar decisões jurídicas.

É inegável que a IA no Poder Judiciário brasileiro trouxe impactos tanto positivos quanto negativos. Em comparação com outros países, o Brasil ainda não alcançou o mesmo nível de desenvolvimento e resultados. Como mencionado por Brito¹⁵, "ainda estamos distantes do grau de evolução observado na experiência dos Estados Unidos, limitando-nos à fase de digitalização dos processos e mineração de dados". Desse modo, observar as experiências internacionais pode oferecer dicas valiosas na implementação de melhores sistemas.

O Brasil tem se destacado ao propor o Marco Regulatório das Inteligências Artificiais por meio do Projeto de Lei n. 2.338/2023¹⁶. Esse projeto foi elaborado com base em um amplo relatório elaborado por juristas e está alinhado com princípios adotados internacionalmente. Seu objetivo é estabelecer normas gerais para o uso e implementação da IA, bem como proteger os direitos fundamentais dos usuários. Além disso, o projeto prevê a classificação de risco das plataformas de IA e estabelece um processo de monitoramento antes de sua entrada no mercado.

Nessa linha, é fundamental que o Brasil tome medidas concretas para iniciar o processo de regulamentação, envolvendo todos os fatores relevantes e adotando uma abordagem proativa em relação à IA, para que se possa colher os benefícios dessa tão importante tecnologia de forma segura e equitativa.

CONCLUSÃO

As exigências da sociedade majoritariamente imersa ao mundo tecnológico e cada vez mais habituada com a rapidez dos meios de comunicação e informação, nas mais diversas áreas, tornam a lentidão dos serviços prestados pelo Poder Judiciário problema ainda mais sério, necessitando de soluções cada vez mais inovadoras, como é o caso da inteligência

¹⁴ FLORIDI, Luciano. Soft ethics and the governance of the digital. *Philosophy & Technology*, v. 31, n. 1, p. 1-8, 2018.

¹⁵BRITO, Thiago Souza; FERNANDES, Rodrigo Saldanha. Inteligência Artificial e a Crise do Poder Judiciário: Linhas Introdutórias sobre a Experiência Norte-Americana, Brasileira e sua Aplicação no Direito brasileiro. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife* - ISSN: 2448-2307, v.91, n.2, p. 84-107 set. 2020. ISSN 2448-2307.

¹⁶BRASIL. *Projeto de Lei n. 2338*, de 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 31 set. 2023.



artificial.

Nesse sentido, a utilização dessa ferramenta no âmbito do Judiciário Brasileiro é, inegavelmente, uma realidade em ascensão, conforme visto no presente estudo. Atualmente, é notório que a maioria dos tribunais já implementou soluções em produção ou encontra-se em fases avançadas de desenvolvimento de projetos que se valem dessa poderosa ferramenta.

Como conclusões de destaque provenientes deste estudo, é evidente que a inteligência artificial possui um notável potencial para reconfigurar o funcionamento e a eficiência do Poder Judiciário. Ela traz consigo benefícios como a rapidez na execução de tarefas do dia a dia e a automação do processo de tomada de decisões judiciais. No entanto, não se pode subestimar a existência de uma série de desafios e obstáculos que impedem a plena adoção da inteligência artificial no âmbito do sistema judiciário brasileiro.

Busca-se fornecer os alicerces de uma discussão concernente ao uso desta tecnologia e da aprendizagem de máquina em atividades relacionadas ao Poder Judiciário. Para tanto, leva-se em consideração tanto os aspectos técnicos inerentes a essa ferramenta quanto a própria natureza de sua atividade, o que se mostra um grande desafio, por ser algo recente em ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar das individualidades que cada tribunal possui, fato é que a cada dia, vêm-se adotando o uso dessa tecnologia ao redor do país. A resolução do CNJ, ao demandar um modelo a ser seguido de administração centralizada e anteceder a utilização moderada e racional da ferramenta aumentou ainda mais o interesse em sua utilização.

De início, essas iniciativas são voltadas para a gestão de processos, de maneira administrativa, bem como para a execução de atividades precedentes à tomada de decisões. No entanto, o progresso desses sistemas não se estagnarão. Conforme as metas previamente estabelecidas sejam atingidas, novos objetivos e alvos surgirão. Indubitavelmente, o efetivo emprego dessa tecnologia na tomada de decisões representará um enorme desafio a ser considerado ao longo desse percurso.

Com isso, a necessidade de mão de obra qualificada nos órgãos públicos é fundamental, a fim de garantir uma maior aderência aos modelos éticos e responsáveis de IA, além da formação de ferramentas mais seguras contra ataque de *hackers*.

Ademais, a adoção de máquinas como agentes decisórios poderá conferir agilidade e objetividade aos procedimentos judiciais. No entanto, essa abordagem também suscitará novos desafios. A segurança do sistema e a constante evolução dos algoritmos são algumas das questões que devem ser resolvidas antes de se conferir à inteligência artificial autonomia na esfera judicante. Em um sentido mais amplo, a própria estrutura interna do Poder



Judiciário poderá ser impactada caso essa ferramenta assumam o papel central na tomada de decisões.

Por fim, visto que ainda se carece de uma legislação específica que regule a inteligência artificial, torna-se imperativo que o desenvolvimento da IA se pautem pelas leis já existentes no Brasil. Para tal propósito, podem ser invocadas a Lei Geral de Proteção de Dados, a Lei de Acesso à Informação, bem como o Marco Civil da Internet, dentre outras. Estes dispositivos legais, ao menos, fornecem diretrizes passíveis de serem adaptadas para a regulamentação da inteligência artificial, proporcionando maior segurança jurídica e proteção aos direitos de cada indivíduo.

REFERÊNCIAS

ARTERO, Almir Olivette. *Inteligência artificial: teoria e prática*. São Paulo: Livraria da Física, 2009.

ASHLEY, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*. University Of Pittsburgh School Of Law: Cambridge University Press, 2017. (ISBN: 9781107171503).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n.º 332/2020*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2022: ano-base 2021*, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2021*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRITO, Thiago Souza; FERNANDES, Rodrigo Saldanha. Inteligência Artificial e a Crise do Poder Judiciário: Linhas Introdutórias sobre a Experiência Norte-Americana, Brasileira e sua Aplicação no Direito brasileiro. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife* - ISSN: 2448-2307, v.91, n.2, p. 84-107 set. 2020. ISSN 2448-2307.

BUOCZ, Thomas Julius. Artificial Intelligence in Court: Legitimacy Problems of AI Assistance in the Judiciary. *Retskraft: Copenhagen Journal of Legal Studies*. Copenhagen, p. 41-59. mar. 2018. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/59db92336f4ca35190c650a5/t/5ad9da5f70a6adf9d3ee842c/1524226655876/Artificial+Intelligence+in+Court.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2023.

CONJUR. *Inteligência artificial está presente na maioria dos tribunais brasileiros*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-18/inteligencia-artificial-presente-maioria-tribunais>. Acesso em: 31 jul. 2023.



FLORIDI, Luciano. Soft ethics and the governance of the digital. *Philosophy & Technology*, v. 31, n. 1, p. 1-8, 2018.

OECD. *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em: 31 jul. 2023.

TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência artificial: reflexos no sistema do Direito. *Revista do Programa e Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 38.2, p. 53-68, jul.-dez. 2018. Disponível em: www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20493/95963. Acesso em: 04 abr. 2023.

A NACIONALIDADE DAS CRIANÇAS ADOTADAS INTERNACIONALMENTE POR PAIS BRASILEIROS: VIOLAÇÃO DA IGUALDADE DE TRATAMENTO ENTRE FILHOS ADOTIVOS E BIOLÓGICOS

Mariana De Grossi Firman

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Pós-graduada em Direito Internacional pela UniAmérica.

Resumo – O presente trabalho analisa a violação do princípio constitucional da igualdade entre filhos adotivos e filhos biológicos quando da aquisição da nacionalidade brasileira por filhos biológicos de pais brasileiros nascidos em país estrangeiro e filhos de pais brasileiros adotados e nascidos em país estrangeiro. Ademais, este artigo discute a inconstitucionalidade e as violações a legislação infralegal e as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil quando o adotado em país estrangeiro não goza do direito de aquisição da nacionalidade brasileira originária.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Internacional. Nacionalidade. Adoção Internacional. Igualdade dos filhos adotivos e biológicos.

Sumário – Introdução. 1. Modos de aquisição da nacionalidade brasileira: brasileiros natos x brasileiros naturalizados. 2. Violação da igualdade de tratamento dos filhos adotivos e biológicos: diferença na forma de aquisição da nacionalidade brasileira. 3. Violação de direitos e princípios na definição da nacionalidade das crianças adotadas por pais brasileiros em país estrangeiro: repercussão geral tema 1253 STF. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema explorado no presente trabalho é a nacionalidade das crianças adotadas internacionalmente por pais brasileiros como uma violação da igualdade de tratamento entre filhos adotivos e biológicos.

A adoção é um importante instituto jurídico-social que, como os mais diversos fenômenos, foi impactado pela globalização. Nesse contexto, a adoção internacional legalizada se tornou viável e seus efeitos trouxeram novas discussões para o mundo jurídico.

Os filhos adotivos foram conquistando mais direitos ao longo do tempo, na circunstância da evolução dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, onde a igualdade de tratamento entre filhos adotivos e biológicos se tornou parte do Código Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente, chegando a compor a Constituição Federal.

Por conseguinte, a discussão em razão da aquisição da nacionalidade brasileira por crianças adotadas e nascidas em país estrangeiro, filhas de pais brasileiros, ser diferente, ganha relevância nesse cenário.

A pesquisa discute a atual forma de definição da nacionalidade de uma criança adotada por brasileiros em território estrangeiro. O artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988 prevê a igualdade entre filhos adotivos e biológicos, contudo, uma criança nascida em país estrangeiro e adotada por pais brasileiros não será brasileira nata, diferentemente de uma criança com genitores brasileiros nascida fora do território nacional. Assim, o menor adotado nessas circunstâncias será Residente Permanente no Brasil até completar 18 anos, quando poderá se naturalizar brasileiro.

Percebe-se que esse mecanismo é um retrocesso jurídico e social, pois desrespeita princípios e dispositivo da CRFB/88, do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Criança e do adolescente (Lei n. 8.069/90), como também discrimina os filhos adotivos em relação aos biológicos, o que claramente causa impacto na vida da criança adotada e de sua família.

Desse modo, algumas perguntas devem ser feitas sobre a questão proposta: Considerando as restrições dispostas no artigo 12 da CRFB/88, é possível considerar que há igualdade entre brasileiros natos e brasileiros naturalizados, isto é, entre brasileiro que possuem a nacionalidade brasileira primária e os que possuem a nacionalidade brasileira secundária?; É possível aferir se ainda há desigualdade no tratamento de filhos adotivos e filhos biológicos no Brasil, apesar da vedação na legislação brasileira e na própria CRFB/88?; Até que ponto a forma de definição da nacionalidade de crianças adotadas em país estrangeiro por pais brasileiros viola direitos previstos na Constituição Federal de 1988 e na legislação infralegal?

Logo, no primeiro capítulo do presente trabalho é discutida a diferença de tratamento entre brasileiros natos e brasileiros naturalizados. Ademais, no segundo capítulo é demonstrada a desigualdade de tratamento entre filhos adotivos e filhos biológicos quanto a determinação da nacionalidade das crianças adotadas por pais brasileiros em país estrangeiro. Outrossim, no terceiro capítulo, é evidenciado a violação de direitos no fato das crianças adotadas por pais brasileiros em país estrangeiro não serem consideradas brasileiras natas e não adquirirem a nacionalidade dos pais.

Por fim, o método utilizado no desenvolvimento da pesquisa aqui apresentada, no que tange a abordagem do tema, é o qualitativo. Isto pois, é discutido a nacionalidade do adotando no contexto brasileiro, isto é, determinado fenômeno em determinado contexto. Em relação ao objetivo da pesquisa, a metodologia é a explicativa visto que o trabalho abordará as fundamentações pertinentes da tese proposta. Outrossim, o procedimento bibliográfico é o utilizado para realização da pesquisa, pois é empregada a doutrina, a legislação e a jurisprudência para análise do tema proposto.

1. MODOS DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA: BRASILEIROS NATOS X BRASILEIROS NATURALIZADOS

A definição de Estado, classicamente, é a junção de um território, da soberania e de seu povo.¹ A nacionalidade efetiva o vínculo político e pessoal entre o Estado e o indivíduo.² Isto é, a nacionalidade é elemento essencial do estado, pois seus nacionais formam seu povo. Nesse sentido, o direito interno que vai definir quem são seus nacionais, sem a possibilidade de interferência do direito estrangeiro.³

A nacionalidade brasileira pode ser originária ou primária e secundária ou adquirida.⁴ A aquisição da nacionalidade originária independe da vontade do indivíduo, como no caso de nascimento em território brasileiro, já a nacionalidade secundária é adquirida de forma voluntária, por exemplo como ocorre na naturalização.⁵

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes “Os critérios de determinação da nacionalidade variam entre *jus soli*, que considera nacional o indivíduo nascido em território específico, seja qual for sua ascendência, e *jus sanguinis*, que prioriza a filiação, os laços familiares.”⁶

No Brasil a nacionalidade é tratada junto aos direitos e garantias fundamentais no Título II, Capítulo III, artigo 12 da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988⁷. Dessa forma, observando o texto constitucional, as duas formas de aquisição da nacionalidade são adotadas pela Carta Magna. Os critérios *jus soli* e *jus sanguinis* aparecem no artigo 12, inciso I⁸ da Constituição Federal de 1988. Importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 chama os brasileiros com nacionalidade primária ou originária de brasileiros natos, conforme o artigo 12, caput e inciso I⁹ e outras menções no texto da CRFB/88.

¹ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso De Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, [e-book]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593952/>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

² *Ibid.*

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Grupo GEN, 2023, [e-book].

⁴ *Ibid.*

⁵ MENDES, *op. cit.*

⁶ *Ibid.*

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

⁸ Art. 12. São brasileiros: I - natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

Na alínea *a* do artigo supracitado¹⁰, o critério de aquisição originária de nacionalidade é *o jus soli*,¹¹ pois o texto dispõe que os nascidos no Brasil, desde que seus pais não estejam a serviço de país estrangeiro, serão brasileiros.¹² Isto é, os nascidos em território brasileiro serão brasileiros, mesmo que filhos de pais estrangeiros.

Nas alíneas *b* e *c*¹³, do mesmo artigo e inciso da CRFB/88, a aquisição da nacionalidade brasileira se dará a partir do critério *jus sanguinis*¹⁴, estabelecendo o texto constitucional, que serão brasileiros os nascidos em país estrangeiro, filhos de pais brasileiros, se estes estiverem a serviço do Brasil ou registrarem a criança em repartição competente, ou ainda se o próprio filho vier a residir no Brasil e, após a maioridade, opte por ter a nacionalidade brasileira originária¹⁵.

Nesse sentido, aplicando-se os critérios *jus solis* e *jus sanguinis*, é atribuída a nacionalidade brasileira originária ou primária, ou seja, serão brasileiros natos os indivíduos que sejam filhos de pais brasileiros ou tenham nascido em território brasileiro.

No caso da nacionalidade secundária existem outras formas de aquisição que estão previstas no artigo 12, inciso II¹⁶ da CRFB/88. Assim, estrangeiros residentes no Brasil por mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal podem requerer a nacionalidade brasileira, passando a ser brasileiros naturalizados.¹⁷ Ademais, nos casos de nacionais portugueses a exigência para se naturalizar brasileiro é apenas ter residência por pelo menos um ano no Brasil e possuir idoneidade moral.¹⁸

A Constituição Federal determina no artigo 12, parágrafo 2º¹⁹ que a lei não pode dispensar tratamento diferenciado aos brasileiros naturalizados, com a exceção das vedações a que estão submetidos pela CRFB/88. As vedações estão previstas no parágrafo 3º²⁰ do dispositivo constitucional, que lista cargos públicos privativos de brasileiros.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ MENDES, *op. cit.*

¹² MANOLE, *op. cit.*

¹³ BRASIL, *op. cit.*, nota 8.

¹⁴ MENDES, *op. cit.*

¹⁵ MANOLE, *op. cit.*

¹⁶ Art. 12. São brasileiros: II - naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ §2º A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição. BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

²⁰ §3º São privativos de brasileiro nato os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas. VII - de Ministro de Estado da Defesa. BRASIL, *op. cit.*, nota 7.



Outrossim, brasileiros naturalizados podem perder a nacionalidade em razão de fraude no processo de naturalização ou atentado contra o estado democrático e a ordem constitucional de acordo com o artigo 12, parágrafo 4º, inciso I²¹ da CRFB/88.

Os brasileiros natos apenas perdem a nacionalidade com pedido expresso do nacional, podendo readquiri-la na forma do artigo 12, parágrafo 4º, inciso II²² da CRFB/88. A disposição anterior foi acrescentada a Carta Magna pela Emenda Constitucional 131²³ de 2023, recente alteração que garantiu maior segurança jurídica aos brasileiros expatriados.

Portanto, os brasileiros naturalizados podem perder a nacionalidade brasileira, enquanto os brasileiros natos apenas perdem a nacionalidade brasileira através de requerimento expresso por parte do nacional.

Assim, é clara diferença de tratamento entre os nacionais que possuem a nacionalidade brasileira originária e os que possuem a nacionalidade brasileira secundária. Esse fato demonstra, conseqüentemente, uma diferença de tratamento entre os filhos adotivos e biológicos que nasceram em território estrangeiro e tem pais brasileiros, pois os primeiros não tem direito à nacionalidade brasileira originária, apenas à secundária, e os segundos podem ser brasileiros natos.

2. VIOLAÇÃO DA IGUALDADE DE TRATAMENTO DOS FILHOS ADOTIVOS E BIOLÓGICOS: DIFERENÇA NA FORMA DE AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA.

A adoção pode ser definida como um ato volitivo de indivíduo que escolhe ter parentesco com o adotado.²⁵ “A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser

²¹ §4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional; BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

²² §4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos: a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis; BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

²³ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 131*, de 3 de Outubro de 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc131.htm#art1>.

²⁴ As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1º O art. 12 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 12. § 4º I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de fraude relacionada ao processo de naturalização ou de atentado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; II - fizer pedido expresso de perda da nacionalidade brasileira perante autoridade brasileira competente, ressalvadas situações que acarretem apatridia. a) revogada; b) revogada. § 5º A renúncia da nacionalidade, nos termos do inciso II do § 4º deste artigo, não impede o interessado de readquirir sua nacionalidade brasileira originária, nos termos da lei." (NR) Art. 2º Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação." *Ibid.*

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Direito das Famílias*. 15. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 337.

amado”²⁶ Nesse cenário, o afeto se torna uma comunhão com o ato da adoção, isto é, constituem a paternidade socioafetiva.²⁷

O Ministro Edson Fachin, em seu livro *Elementos Críticos do Direito de Família*, escreve de forma impecável que a adoção é “modalidade de filiação construída no amor”²⁸.

Os direitos dos filhos adotivos já foi objeto de discussões jurídicas por década, todavia o atual conjunto do ordenamento jurídico brasileiro esclarece expressamente em vários dispositivos qualquer dúvida em relação a essa questão.

A Constituição Federal de 1988²⁹ estabeleceu a igualdade entre filhos adotivos e biológicos, introduzindo o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos.³⁰ Anteriormente a CRFB/88³¹, os filhos recebiam tratamentos diferenciados dependendo de sua origem.³² Nesse contexto, o artigo 227, parágrafo 6º³³ da Constituição Federal de 1988 proíbe a discriminação entre filhos garantindo os mesmo direitos e qualificações.

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos é um princípio constitucional, como também um princípio do Direito Civil e do Direito da Criança e do Adolescente.³⁴ Dessa forma ele está presente no Código Civil de 2002³⁵ e no Estatuto da criança e do adolescente³⁶.

No CC/02³⁷ a vedação a discriminação entre filhos adotivos e biológicos e a garantia aos mesmo direitos e qualificações está expressamente prevista no artigo 1.596³⁸. No Estatuto

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família: curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, *apud*. DIAS, *op. cit.*

²⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

³⁰ DINIZ, Maria H. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v.5. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, [e-book]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627802/>. Acesso em: 10 ago. 2023.

³¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

³² DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: JusPodivm, 2021, p.72.

³³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

³⁴ DINIZ, *op. cit.*

³⁵ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

³⁶ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

³⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 35.

³⁸ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. *Ibid.*

da Criança e do Adolescente as mesmas vedações e garantias estão estabelecidas no artigo 20³⁹, inclusive com a mesma redação do CC/02⁴⁰ e da CRFB/88⁴¹.

Portanto, constata-se que o ordenamento pátrio proíbe expressamente na sua Carta Magna e na legislação infraconstitucional qualquer diferenciação entre filhos biológicos e adotivos, como também expressamente prevê a garantia dos mesmos direitos e qualificações a todos os filhos.

Logo, o fato de uma criança ser filha biológica de seu pai ou filha adotiva destes não deveria ser relevante, pois ambas as crianças são filhas pura e simplesmente, sendo qualquer diferenciação entre elas uma clara discriminação. Contudo, a igualdade plena entre filhos adotivos e biológicos não é uma realidade no Brasil.

As crianças nascidas em país estrangeiro filhas biológicas de pai ou mãe brasileiros serão brasileiras natas, isto é, terá direito a nacionalidade brasileira originária a partir de registro pelos pais em repartição brasileira competente no país de nascimento. No caso das crianças nascidas em país estrangeiro adotadas por pais brasileiros, o procedimento é diferente, de forma discriminatória.

Valerio de Oliveira Mazzuoli⁴², em seu livro *Curso de Direito Internacional Privado*, explica de forma clara como ocorre a aquisição da nacionalidade brasileira por crianças estrangeiras adotadas por pais brasileiros. A criança nascida no estrangeiro adotada por pais brasileiros não adquire a nacionalidade brasileira pelo fato de ter sido adotada por estes. Assim, a criança adotada nunca poderá optar por adquirir a nacionalidade brasileira originária, apenas poderá, ao completar a maior idade, optar por adquirir a nacionalidade brasileira através do processo de naturalização.⁴³ Vale ressaltar, que durante toda sua infância e adolescência, isto é, durante toda a sua menor idade, esta criança não será considerada brasileira, ela será pessoa estrangeira Residente Permanente no Brasil.⁴⁴

Nesse contexto, ocorre a manutenção da nacionalidade do país de origem da criança adotada por pais brasileiros⁴⁵, todavia, cabe salientar, que vários países não mantêm a nacionalidade do país de origem da criança após a adoção, em razão de seus próprios

³⁹ Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. BRASIL, *op. cit.*, nota 36.

⁴⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 35.

⁴¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

⁴² MAZZUOLI, Valerio de O. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Grupo GEN, 2021, [e-book]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641307/>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

ordenamentos. Essa situação pode acarretar na apatridia dessas crianças, que não terão nacionalidade alguma após serem adotadas por pais brasileiros.

Assim, é importante mencionar que a apatridia é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional em razão da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de Nova Iorque de 1961⁴⁶, e de sua promulgação no Brasil com o Decreto n. 8.501 de 18 de agosto de 2015^{47, 48}.

No entanto, é importante mencionar que não existe no ordenamento jurídico brasileiro disposição específica que trate da forma de aquisição da nacionalidade brasileira por criança nascida no estrangeiro adotada por pais brasileiro, sendo esta uma construção por parte da doutrina e da jurisprudência nacional.

Portanto, existe insegurança jurídica e uma política discriminatória para as famílias brasileiras compostas por crianças adotadas fora do território nacional.

Nesse cenário, as decisões em relação a nacionalidade da criança estrangeira adotada por pais brasileiros devem sempre observar a doutrina da proteção integral da criança, e derivado dessa doutrina, o princípio do melhor interesse da criança e o princípio da prioridade absoluta, isto pois, todo o direito da criança deve ter como base a prioridade, a proteção e o melhor interesse da criança.

3. VIOLAÇÃO DE DIREITOS E PRINCÍPIOS NA DEFINIÇÃO DA NACIONALIDADE DAS CRIANÇAS ADOTADAS POR PAIS BRASILEIROS EM PAÍS ESTRANGEIRO: REPERCUSSÃO GERAL TEMA 1253 STF

Maria Zapater, ao tratar dos direitos das crianças e dos adolescentes, dispôs que:

Regulamentando e com o objetivo de dar efetividade à norma constitucional, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, microssistema aberto de regras e princípios, fundado em três pilares básicos: 1) criança e adolescente são sujeitos de direito; 2) afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e,

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de Nova Iorque de 1961*. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reducacao_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023

⁴⁷ BRASIL. *Decreto n. 8.501 de 18 de agosto 2015*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8501.htm>. Acesso em: 26 out. 2023.

⁴⁸ DEL'OLMO, Florisbal de S.; JR., Augusto J. *Curso de Direito Internacional Privado*, 12 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016, [e-book]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973896/>>. Acesso em: 29 ago. 2023.

portanto, sujeita a uma legislação especial e protetiva; 3) prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais.⁴⁹

A doutrina da proteção integral, positivada no art. 227⁵⁰ da Constituição Federal, determina que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos, contudo eles ainda são pessoas em desenvolvimento, e por isso gozam de uma proteção maior que os adultos devido a peculiaridade da sua condição.⁵¹

O princípio do melhor interesse da criança, também conhecido como princípio do superior interesse da criança, e incluído na doutrina da proteção integral, propõe que em qualquer situação que um menor estiver envolvido, esta deve ser resolvida colocando em primeiro lugar o melhor para aquela criança ou adolescente.⁵²

O princípio da prioridade absoluta, previsto no artigo 4⁵³ do ECA, traz a prioridade absoluta das crianças e adolescentes em exercerem seus direitos como um todo, incluindo políticas públicas direcionadas a esse grupo, que devem ser priorizadas.⁵⁴

Vale mencionar ainda, dentro do microsistema do ECA, encontra-se o Art. 41⁵⁵, que expressamente diz que os filhos adotados tem os mesmos direitos que os filhos biológicos⁵⁶ reforçando a necessidade da igualdade jurídica entre filhos adotivos e biológicos.

Maria Berenice Dias, em seu livro Manual de Direito de Famílias, com uma visão a partir do superior interesse da criança ressalta que: “cabe lembrar que a adoção de estrangeiro feito por brasileiros concede ao adotado a condição de brasileiro nato, pois não admite a Constituição qualquer discriminação referente à filiação, nem mesmo quando decorre da adoção.”⁵⁷

⁴⁹ ZAPATER, Maíra C. *Direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, [e-book]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624603/>>. Acesso em: 14 set. 2023.

⁵⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 33.

⁵¹ ZAPATER, *op. cit.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. BRASIL, *op. cit.*, nota 36.

⁵⁴ ZAPATER, *op. cit.*

⁵⁵ Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. §1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. § 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária. BRASIL, *op. cit.*, nota 36.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ DIAS, 2022, *op.cit.*, p. 349.

Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, que prioriza os direitos das crianças, inclusive constitucionalmente, as crianças estrangeiras adotadas por brasileiros deveriam ter o direito de adquirir a nacionalidade brasileira originária, assim como todos os demais filhos de brasileiros.

Logo, há clara violação de direitos das crianças estrangeiras adotadas por brasileiros quando essas são impedidas de serem brasileiras natas.

O caso paradigmático que trata da questão discutida nesse trabalho foi a apelação cível nº 0024007-54.2011.4.01.3800/MG⁵⁸ julgada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região com Relatoria do Ministro Nunes Marques do Supremo Tribunal Federal à época em que era Desembargador Federal na 6ª Turma do TRF1. A ementa do julgado supracitado dispõe:

PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. OPÇÃO DE NACIONALIDADE. FILHAS ADOTIVAS. MÃE BRASILEIRA. ARTIGO 12, I, ALÍNEA ‘C’, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ARTIGO 227, § 6º, DA CRFB/88. EQUIPARAÇÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Trata de ação de jurisdição voluntária, por meio da qual buscam as autoras, filhas adotivas de brasileira, que nasceram nos Estados Unidos, com fundamento na alínea ‘c’ do inciso I do art. 12 da CF/88, a “transcrição do termo de nascimento em Cartório de Registro de Nascimento de Pessoas Naturais”, em Belo Horizonte/MG, com opção provisória de nacionalidade, a ser ratificada após a maioridade.

2. O art. 12, I, alínea ‘c’ da CRFB/88 estabelece que são brasileiros natos, os nascidos de pai ou mãe brasileiros, em solo estrangeiro, o que restou comprovado que não é o caso das autoras, que se ligam a mãe brasileira pelo vínculo da adoção.

3. “O art. 227, § 6º, CRFB/88, bem como a legislação infraconstitucional (o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente), garantem tratamento sem discriminação aos filhos adotivos, equiparando-os aos biológicos, para fins civis e sucessórios. In casu, cuida-se de um direito público ligado à soberania do Estado, que a Carta Magna trata de forma particularmente restritiva.” (Relator Desembargador Federal Frederico Gueiros, DJU de 07/03/2008, p. 713).

4. Não há previsão constitucional para que seja concedida a condição de brasileiros natos aos filhos adotivos de brasileiros, que tenham nascido no exterior. Não há assim, que se falar em relativização do critério do *ius sanguinis* adotado pelo Estado Brasileiro.

5. Apelação não provida. Sentença mantida.⁵⁹

Após ter seu recurso negado, a apelante interpôs Recurso Extraordinário (RE) nº 1163774⁶⁰ no Supremo Tribunal Federal que reconheceu a repercussão geral do caso no tema 1253⁶¹, que é descrito como:

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Cível n. 0024007-54.2011.4.01.3800/MG*. Relator: Desembargador Kassio Nunes Marques. Disponível em: <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00240075420114013800&pA=&pN=240075420114013800>>. Acesso em: 17 out. 2023.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 1163774*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5553510>>. Acesso em: 17 out. 2023.

⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Tema 1253*: Opção provisória de nacionalidade brasileira de crianças adotadas no exterior por brasileiros. Disponível em:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 1º, III, 12, I, c, e 227, § 6º, da Constituição Federal, a possibilidade da transcrição de termo de nascimento ocorrido no estrangeiro no registro civil de nascimento de filhas adotadas por mãe brasileira ou por pai brasileiro, com opção provisória pela nacionalidade brasileira, até alcançada a maioridade.⁶²

Ao reconhecer a repercussão geral do RE mencionado acima, a Relatora Ministra Carmem Lúcia, que foi acompanhada por unanimidade pelos demais ministros, concluiu que é necessário interpretar o alcance das normas constitucionais que preveem a absoluta prioridade aos direitos da criança e adolescente, filhos biológicos ou adotivos.⁶³

Outrossim, a Ministra analisou que o caso tem elevado interesse coletivo nas políticas relativas à adoção e no tratamento igualitário entre filhos naturais e adotivos e acredita que a vedação à nacionalidade originária para os filhos adotivos restringirá o acesso a cargos destinados a brasileiros natos.⁶⁴

Assim, logo será decidido pelo Supremo Tribunal Federal o direito a nacionalidade brasileira originária da criança ou adolescente estrangeiro adotado por pais brasileiros.

CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos analisados neste artigo, não há dúvidas de que os filhos adotados em país estrangeiro por pais brasileiros foram esquecidos pela legislação pátria, o que gerou um tratamento diferenciado e discriminatório para as crianças adotadas nessas circunstâncias.

A vedação ao tratamento diferenciado entre filhos biológicos e filhos adotivos está expressa na legislação infraconstitucional brasileira e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Outrossim, a vedação ainda está expressamente prevista na Constituição Federal que também traz o princípio da igualdade entre filhos adotivos e biológicos. Nesse cenário observa-se que há inconstitucionalidade na forma de aquisição da nacionalidade brasileira por filhos de brasileiros adotados em país estrangeiro.

<<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509297&ori=1>>. Acesso em: 17 out. 2023.

⁶² *Ibid.*

⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF vai decidir se filhos adotivos nascidos no exterior se equiparam a brasileiros natos*: a Constituição assegura aos filhos naturais de brasileiros a opção pela nacionalidade ao atingirem a maioridade, mas não há previsão expressa em relação aos adotados. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509297&ori=1>>. Acesso em: 17 out. 2023.

⁶⁴ *Ibid.*

Isto pois, o fato de haver tratamento diferenciado para filhos biológicos e adotivos no processo de aquisição da nacionalidade brasileira é violação direta a dispositivo constitucional e ao princípio que este traz da igualdade de tratamento ou igualdade jurídica entre filhos adotivos e filhos biológicos.

Logo, as diversas decisões judiciais que negam a atribuição da nacionalidade brasileira originária, e apenas concedem a nacionalidade secundária provisória, para as crianças adotadas por brasileiros fora do território nacional são inconstitucionais e desrespeitam o princípio constitucional da igualdade jurídica entre filhos adotivos e biológicos.

Ademais, a doutrina da proteção integral da criança, que esta prevista na CRFB/88 e no estatuto da Criança e do Adolescente, e que traz os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança é desrespeitado ao colarem a criança em risco de apatridia, como também se afasta do melhor interesse da criança.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a repercussão geral de caso em que foi negado a nacionalidade originária a criança estrangeira adotada por brasileira mostra a relevância da violação de direito fundamental da qual as crianças adotadas fora do território nacional são vítimas.

Portanto, o direito da criança estrangeira adotada por pais brasileiros de adquirir a nacionalidade brasileira originária, isto é, direito de ser uma brasileira nata, deve ser reconhecido em razão do princípio da igualdade de tratamento entre filhos biológicos adotivos, de previsão expressa constitucional e na legislação infraconstitucional, como também em tratados internacionais, e por fim em razão da doutrina da proteção integral com os princípios do melhor interesse da criança e da prioridade absoluta.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2022.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 mar. 2022.

_____. *Decreto n. 8.501 de 2015*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8501.htm>. Acesso em: 26 out. 2023



_____. *Emenda Constitucional n. 131, de 3 de outubro de 2023*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc131.htm#art1>.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655590814/>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 1163774*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5553510>>. Acesso em: 17 out. 2023.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Cível n. 0024007-54.2011.4.01.3800/MG*. Relator: Desembargador Kassio Nunes Marques. Disponível em: <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00240075420114013800&pA=&pN=240075420114013800>>. Acesso em: 17 out. 2023.

DEL'OLMO, Florisbal de S.; JR., Augusto J. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016, [e-book]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973896/>>. Acesso em: 29 ago. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Direito das Famílias*. 15. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPodivm, 2022.

_____. *Filhos do afeto*. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família*. v. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, [e-book]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627802/>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família: curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, *apud* DIAS, Maria Berenice. *Direito das Famílias*. 15. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPodivm, 2022

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de Nova Iorque de 1961*. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reducacao_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023

MANOLE, *Editoria jurídica da E. Constituição Federal: atualizada até a EC n. 128/2022*. São Paulo: Manole, 2023, [e-book]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520463277/>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

MAZZUOLI, Valerio de O. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Grupo GEN, 2021, [e-book]. Disponível em:



<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641307/>. Acesso em: 07 abr. 2023.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso De Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, [e-book]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655593952/> Acesso em: 07 abr. 2023.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Grupo GEN, 2023, [e-book]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 07 abr. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF vai decidir se filhos adotivos nascidos no exterior se equiparam a brasileiros natos*: a Constituição assegura aos filhos naturais de brasileiros a opção pela nacionalidade ao atingirem a maioridade, mas não há previsão expressa em relação aos adotados. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509297&ori=1>. Acesso em: 17 out. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Tema 1253*: Opção provisória de nacionalidade brasileira de crianças adotadas no exterior por brasileiros. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509297&ori=1>. Acesso em: 17 out. 2023.

ZAPATER, Máira C. *Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, [e-book]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624603/> Acesso em: 14 set. 2023.

EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA DIGNA: UMA ANÁLISE DOS RISCOS E DA VULNERABILIDADE DOS ASSENTAMENTOS IRREGULARES NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Mariana Nascimento Ramos
Graduada pela Universidade Estácio de Sá
(UNESA). Advogada.

Resumo – A pesquisa revela que as ocupações em assentamentos irregulares no Rio de Janeiro estão associadas a condições precárias de moradia, incluindo a falta de acesso a serviços básicos e a exposição a riscos ambientais. As comunidades nessas áreas, considerando o racismo estrutural existente, enfrentam desafios socioeconômicos, como a falta de oportunidades de emprego e educação de qualidade, o que contribui para a perpetuação da vulnerabilidade. O estudo destaca a Lei 13.465/17 como um instrumento legal que tem como principal objetivo melhorar a situação dos ocupantes em assentamentos irregulares por meio de processos de regularização fundiária, mas que perde a sua eficácia em razão da assimetria com a realidade vivida por essas pessoas.

Palavras-chave – Direito Urbanístico. Direito à moradia. Desigualdade social. Ocupação de assentamentos irregulares. Regularização Fundiária.

Sumário – Introdução. 1. Além das correntes: A herança da precariedade nas moradias indignas desde a escravidão. 2. Sociedade à parte: Uma análise das barreiras econômicas, sociais e jurídicas nas favelas. 3. A função social dos instrumentos de Regularização Fundiária Urbana para o acesso à moradia digna. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar as diversas barreiras existentes nos assentamentos urbanos informais do Estado do Rio de Janeiro, as quais fomentam um cenário de riscos e vulnerabilidades de seus ocupantes, e em que medida as políticas públicas de regularização urbana impostas pelo Estado com o objetivo de findar a precariedade desses locais são eficientes em concretizar o direito fundamental à moradia digna.

O direito à moradia, direito fundamental implantado desde 1948, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, reconhecido como um pressuposto para a dignidade da pessoa humana, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por advento da Emenda Constitucional n. 26/00, em seu artigo 6º, caput. No entanto, muito se fala na real eficácia do direito à moradia, pois para que esse direito seja garantido, não basta apenas que o indivíduo tenha um lugar para morar: é imprescindível que tal moradia seja adequada e atenda aos ditames mínimos de dignidade.

Eventos históricos no decorrer dos séculos, como a libertação dos escravos, ocasionou superlotação dos centros urbanos, os quais não possuíam infraestrutura para tanto, impossibilitando o atendimento às demandas dessas pessoas que necessitavam de trabalho, educação, saúde e, principalmente, moradia.

Com a impossibilidade de condições apropriadas para corresponder às suas necessidades básicas, essas pessoas passaram a procurar meios alternativos para morar e sobreviver, ocasião em que se iniciou o processo de surgimento da chamada favelização, considerado como um processo de ampliação das áreas de ocupações irregulares nos centros urbanos.

Essas pessoas, inevitavelmente, convivem em situações de extrema vulnerabilidade, faltando desde os recursos mais básicos, como o saneamento, até os mais necessários, como os postos de saúde, escola e transporte público. Além disso, nas últimas décadas, fenômenos da natureza como deslizamentos e enchentes agravaram ainda mais a situação desses assentamentos, fazendo com que os ocupantes dessas áreas, quando sobreviventes, tenham de enfrentar centenas de outras barreiras para que reestabeleça a sua dignidade.

Surge, portanto, uma preocupação do Estado com a implementação e políticas urbanas nesses locais tendo em vista o crescimento desgovernado desses assentamentos irregulares de improvável reversão, principalmente após a Constituição de 1988, resultando na edição do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01), da Lei que instituiu o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (Lei n. 11.124/05), da Lei que instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida (Lei n. 11.977/09), assim como, posteriormente, a Lei n. 13.465/17, instituindo a Regularização Fundiária Urbana (Reurb).

Objetiva-se, portanto, analisar em que medida as políticas públicas de regularização urbana tem trazido benefícios aos ocupantes desses assentamentos, inegavelmente marginalizados, ou se, na verdade, dificulta cada vez mais o pleno direito à moradia dessas pessoas, sobretudo com o fenômeno da financeirização imobiliária, e como se dá essa dinâmica no Estado do Rio de Janeiro.

A discussão revela-se imperiosa uma vez que a precarização desses assentamentos resulta em centenas de outros desdobramentos não só no âmbito jurídico, como também no econômico e social. A tentativa de regularizar os centros urbanos informais pelo Estado se dá mediante políticas públicas muito bem-intencionadas na teoria, no entanto, na prática, é preciso enfrentar o fato de que essas regularizações podem se tornar utópicas na medida em que proporcionam titulação, mas omitem infraestrutura urbana.

Nesse recorte, pretende-se demonstrar como se deu o processo de precarização dos assentamentos urbanos informais no Rio de Janeiro e como as barreiras enfrentadas ferem o direito fundamental à moradia, analisando, por sua vez, a efetividade das políticas públicas de regularização urbana como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana e defender a possibilidade de a regularização fundiária ser não só um mecanismo de garantia de direitos, como tem sido intencionalmente pregado, mas um mecanismo de negação desses próprios direitos em razão de todas as outras barreiras que terão de ser enfrentadas por esses ocupantes.

No primeiro capítulo objetiva-se expor de forma breve a evolução histórica dos assentamentos irregulares no Estado do Rio de Janeiro, e como se deu o processo de precarização que gerou e gera até os dias de hoje diversas barreiras às pessoas ocupantes dessas áreas.

O segundo capítulo visa demonstrar as barreiras enfrentadas e a medida em que ferem o direito fundamental à moradia e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.

Por fim, o terceiro capítulo se preocupa em analisar a efetividade das políticas públicas de regularização fundiária e se há possibilidade de sustentar que tais medidas são capazes de diminuir tais vulnerabilidades e riscos, e se efetivamente os beneficiários dessas políticas públicas possuem condições de arcar com as onerosidades advindas da regularidade.

A fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. Deste modo, a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas adequadas ao objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), permitindo a demonstração da abordagem do tema no passado e na atualidade.

1. ALÉM DAS CORRENTES: A HERANÇA DA PRECARIEDADE NAS MORADIAS INDIGNAS DESDE A ESCRAVIDÃO

Com a instauração do Estado Democrático de Direito em 1988, foram inseridos na ordem jurídica diversos direitos e garantias fundamentais como valores supremos a serem observados, respeitados e implementados a fim de reestabelecer, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

Diante da nova ordem é que o Estado, por meio das suas funções legislativa, judiciária e executiva, passa a ter como parâmetro os princípios democráticos de modo a seguir os objetivos constitucionais previstos no art. 3º da Carta Magna, notadamente quando estabelece como prioridade a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais. E não foi à toa.

A desigualdade social ainda é um fato jurídico-social relevante o suficiente em nosso país, de modo que as pesquisas acadêmicas, a jurisprudência dos nossos Tribunais e doutrina ainda diligenciam na tentativa de amenizar – ou até mesmo solucionar – a discrepância entre classes sociais, a fim de efetivar direitos como o direito à vida, à saúde, ao meio ambiente, à educação, à alimentação e, principalmente, à moradia digna.

E é por causa de fatos sociais como a desigualdade que existem os direitos de segunda dimensão, chamados direitos sociais, que possuem como principal objetivo promover a igualdade, com uma necessária atuação do Poder Público na implementação de políticas públicas.

Tida como um direito social fundamental, a moradia é e deve ser reconhecida como direito da personalidade da pessoa humana¹. Todavia, na sua origem, foi uma questão desprovida de resolução na sociedade brasileira. O direito de morar nem sempre ocupou um lugar de fundamentalidade, apesar de hoje deter essa qualidade na Constituição da República de 1988.

Em fatos históricos de grande importância para a formação do Brasil é possível identificar uma manifesta seletividade em relação a quem se concede o privilégio de se ter um teto para morar, sobretudo com dignidade. E foi pela necessidade de moradia que se instaurou no Brasil, notadamente no Rio de Janeiro, uma intensa crise habitacional irreversível.

A clandestinidade urbana, que pode ser notada não só no Rio de Janeiro, mas como em todo o Estado brasileiro, é resultado de sucessivos processos históricos motivados por uma política altamente discriminatória e elitista. Tal projeção se demonstra necessária a fim de que se traga à baila os verdadeiros motivos pelos quais fizeram com que pessoas se aglomerassem em espaços urbanos impróprios para moradia, em situação de extrema vulnerabilidade, ocasionando um dos maiores problemas sociais dos últimos séculos, de difícil ou quase impossível reparação.

¹ MELO, Marco Aurélio Bezerra. Direito à Moradia Como Direito da Personalidade. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, n75, p. 135-142, jun./set. 2016.

Nesse sentido, é possível afirmar que três foram os fatos históricos principais propulsores do desalinhamento ocupacional urbano atualmente existente. Segundo Ricardo Lira², o primeiro deles foi a abolição da escravatura, em 1888, realizada sem critérios e de maneira desordenada, fazendo com que os escravos recém-libertos vivessem à própria sorte, sem proporcionar a eles condições mínimas de dignidade. O segundo foi a Guerra dos Canudos, no sertão da Bahia, já no ano de 1896, que fomentou ainda mais a pobreza no nordeste do Brasil, ocasionando a migração desses povos para o Rio de Janeiro. E, por fim, a industrialização, a partir de 1930, principalmente após a promulgação do Código de Águas³ e do Código de Minas⁴, possibilitando concessões de energia elétrica e de jazidas minerais.

De todas essas circunstâncias que influenciaram na evolução urbana do Rio de Janeiro, a escravidão é especialmente considerada a mais emblemática. Isso porque, é cediço que, culturalmente, os escravos ocuparam espaços de marginalização e desfavorecimento, sujeitos a agressões morais e físicas por parte de quem detinha o poder, fazendo com que fossem discriminados e propositalmente afastados de possíveis núcleos formais de moradia. Prova disso é a pesquisa realizada em 2019 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) que demonstra o cenário de 66,2% dos domicílios urbanos em favelas ocupados por pessoas pretas ou pardas.⁵

Segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo, no que pese a abolição da escravatura ter sido um marco histórico auspicioso, o Estado não se preocupou com as condições mínimas que deveriam ser adotadas a fim de garantir o mínimo de subsistência digna ao recém-liberto, de modo que ele tivesse amparo para trabalhar, estudar e, principalmente, ter acesso a uma propriedade formal. Portanto, defende que “A posse, por conseguinte, passa a ser considerada como instituto de categorização jurídica inferior, tida como estado provisório e, portanto, inseguro, que funcionava como uma mera exteriorização da dita propriedade.”⁶

Devido a essa falta de reconhecimento legal como pessoas e a visão de coisificação, os escravos não tinham acesso a direitos básicos, como liberdade, segurança, saúde e moradia adequada. Eram obrigados a viver em condições insalubres, em senzalas superlotadas, sem

² LIRA, Ricardo Pereira. Remoção de favelas. *Revista de Direito das cidades*, Rio de Janeiro, v. 09, n° 3, p. 1383-1392, 2017, p. 1384.

³ BRASIL. *Código de Águas*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643compilado.htm. Acesso em: 18 mai. 2023.

⁴ BRASIL. *Código de Minas*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm. Acesso em: 18 mai. 2023.

⁵ IPEA. *Retratos das Desigualdades de Gênero e Raça*. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf>. Acesso em: 25 out. 2023.

⁶ MELO, *op. cit.*, p. 46.

acesso a saneamento básico, água potável e condições mínimas de higiene. Somente após quatro séculos de escravidão, em que tiveram suas vidas limitadas, submissas e cheias de punições, os ex-escravos foram libertados e puderam escolher suas próprias trajetórias.

No entanto, essa liberdade veio sem qualquer tipo de assistência ou garantias para sua subsistência e a de suas famílias. De repente, os libertos se viram como senhores de si mesmos, mas enfrentaram enormes desafios. Completamente despreparados para uma nova forma de trabalho e sem recursos materiais ou apoio emocional, eles tiveram que assumir a responsabilidade por suas próprias vidas e pelas futuras gerações.

Vale ressaltar que, concomitantemente e anteriormente à libertação dos escravos, o Rio de Janeiro já passava por um processo de modernização e reformas urbanas significativas, impulsionadas pelo desejo de transformar a cidade em uma metrópole moderna e cosmopolita. Esse período foi marcado por mudanças radicais na paisagem urbana e na infraestrutura da cidade, visando atender às demandas de uma população em crescimento e adaptar-se aos ideais de progresso e urbanidade da época.

A partir de 1890, as reformas implementadas pelos governantes iniciaram um processo de "limpeza" dos cortiços na região central da cidade. Isso envolveu a demolição de muitas habitações coletivas e suas fachadas coloniais, que eram consideradas as principais responsáveis pela falta de higiene e saneamento, afetando negativamente a arquitetura do Rio de Janeiro. A mais emblemática foi a demolição do maior cortiço da cidade, o Cabeça de Porco, em 1893, ordenada pelo prefeito Barata Ribeiro.⁷

Ao examinar o contexto em que os escravos viviam na cidade do Rio de Janeiro, é possível concluir que a presença dos cativos era motivo de inquietação. Inicialmente, a classe dominante se viu obrigada a aceitar os escravos no centro urbano, próximo às suas próprias residências, por falta de alternativas. Isso se devia ao fato de que, inicialmente, muitos escravos não possuíam se quer poder de mobilidade suficiente para se deslocarem para os subúrbios, pois eram obrigados a permanecer próximos ao local de trabalho se quisessem garantir sua sobrevivência.⁸

Uma das mais emblemáticas políticas foi a do governo de Pereira Passos, chamado de *Belle Époque*, o qual influenciou a dinâmica de ocupação do espaço urbano da população mais pobre, em sua maioria composta por negros, que foi deslocada para os morros e periferias.⁹

⁷ ABREU, Mauricio de Almeida. Da Habitação ao Hábitat: A Questão da Habitação Popular no Rio de Janeiro e sua Evolução. *Revista Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n 2, p. 216-218, abril. 1986.

⁸ *Ibid.*, p. 212-213.

⁹ CAMPO PAULINO, Sílvia; OLIVEIRA, Rosane. *Vadiagem e as Novas Formas de Controle da População Negra Urbana Pós-abolição*. Disponível em: <



Passos definiu com precisão os espaços de produção e os espaços de consumo da cidade, separando de maneira definitiva os locais de trabalho dos locais de residência, que agora eram conectados por espaços de circulação modernos, eficientes e controláveis.¹⁰

Inegavelmente, as reformas feitas por Passos foram geradoras de empregos, notadamente na área da construção civil, assim como possibilitou a ocupação de novos espaços comerciais. A ocupação desses espaços, principalmente pela classe burguesa concentradora de renda, aumentou a demanda por serviços domésticos e pessoais, descentralizando e ampliando as oportunidades de trabalho. Por outro lado, no entanto, tal medida influenciou a dinâmica de ocupação do espaço urbano da população mais pobre, em sua maioria composta por negros, que foi deslocada para os morros e periferias.¹¹

Em síntese, segundo Vaz, três foram os principais momentos de exclusão social na evolução urbana da cidade: a proibição e demolição dos cortiços, seguido pelas reformas e modernização da área central¹². O terceiro momento foi marcado pelo Código de Obras de 1937, que promoveu a verticalização como solução para o problema habitacional. No entanto, essas medidas reforçaram o caráter elitista da cidade, deixando a moradia da classe de baixa renda em situação ilegal e marginalizada.

De tal modo, respectivas medidas levaram à transformação da cidade, tanto em termos de aparência quanto de conteúdo. O espaço foi dividido entre burgueses e bairros proletários, com privilégios reconhecidos apenas em relação aos primeiros, contribuindo assim para a consolidação de uma estrutura núcleo/periferia que perdura até hoje.

2. SOCIEDADE À PARTE: UMA ANÁLISE DAS BARREIRAS ECONÔMICAS, JURÍDICAS E SOCIAIS NAS FAVELAS

Como visto na análise histórica da cidade carioca, a sociedade estabelecida desenvolveu-se com base em uma clara divisão de classes. Em se tratando de moradia, os critérios utilizados sempre foram inteligíveis: os que fazem parte da classe dominante, possuem o direito de morar nos lugares mais privilegiados da cidade, ao passo que todo o restante que não se encaixasse na elite burguesa deveria se contentar com o que restou. Como resultado,

file:///C:/Users/maria/Downloads/Vadiagem_e_as_Novas_Formas_De_Control_D.pdf > Acesso em: 10 jun. 2023.

¹⁰ *Ibid.*, p. 225-226.

¹¹ ABREU, *op.cit.*, 1986, p. 225-227.

¹² ABREU, M.A., VAZ, L.F. Sobre as origens da favela. In: IV Encontro Nacional da ANPUR. Salvador. Anais. Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional. 1991. p. 481-492.

segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, consolidou-se 736 favelas, as quais abrigam 22% da população carioca.¹³

A favela carioca, desde seu surgimento, tem sido objeto tanto de romantização e idealização – presentes na música popular, pintura e literatura – quanto de estigmas e preconceitos – refletidos no discurso político, na mídia e no senso comum. Além disso, esses estigmas desempenham um papel fundamental na definição do próprio conceito de favela, estando intrinsecamente ligados ao lugar e aos seus habitantes. Por isso, ante o desejo por parte dos setores da sociedade em extingui-las, obras pontuais de urbanização foram realizadas objetivando eliminá-las definitivamente da paisagem urbana.¹⁴

Conforme defende Ribeiro e Veiga, na moldura das representações negativas, exemplificadas na legislação municipal do Rio de Janeiro desde o Código de Obras de 1937 a favela emerge como a personificação urbana do estigma, da precariedade e do atraso, delineando uma área urbana marcada por visíveis indicadores do que não deveria existir em uma cidade autoproclamada "moderna" e "civilizada".¹⁵

Ela é caracterizada, de antemão, pela falta de água, eletricidade, serviços públicos, propriedade legal, higiene, segurança, estética, governança e padrões. Mesmo quando os moradores deixam a favela e se mudam para conjuntos habitacionais, as marcas sociais de sua origem persistem, lançando julgamentos morais sobre eles em seus novos bairros e endereços¹⁶.

Consequentemente, essas pessoas involuntariamente são incluídas em um núcleo social desfavorável, e automaticamente se tira delas grande parte das oportunidades de inserção no mercado de trabalho, restando apenas atividades inicialmente pré-estabelecidas pela classe dominante.

Essas pessoas vivem não só num cenário de irregularidades, o que é alcançável por uma política pública de regularização fundiária como já tem sido feito e como será mais bem analisado no capítulo adiante. Além da clandestinidade no que diz respeito à moradia, convivem com a ausência de serviços públicos essenciais, notadamente o abastecimento de água, esgotamento sanitário, acesso à coleta de lixo e adensamento excessivo.

¹³ IBGE. *Censo 2010: Aglomerados subnormais*. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rj/rio-de-janeiro/pesquisa/23/25359>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

¹⁴ BRUM, Mário. Favelas e remocionismo ontem e hoje: da Ditadura de 1964 aos Grandes Eventos. Rio de Janeiro, *O Social em Questão*, Rio de Janeiro, v.16, ano 16, n 29, p.179-208, jan. 2013.

¹⁵ RIBEIRO, R.L.C, VEIGA, F.B. Reassentamentos Urbanos no Rio de Janeiro: Considerações sobre a Continuidade do Estigma de Favela em um Conjunto Habitacional. *Revista Caderno de Ciências Sociais da UFRPE*, Pernambuco, p. 9-27, jan./jul. 2014.

¹⁶ BRUM, Mario Sergio. *Cidade Alta: história, memórias e estigma de favela num conjunto habitacional do Rio de Janeiro*. 2012. 349 f. Trabalho monográfico (Pós-graduação em História) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2011, p. 26-32.



Conforme pesquisa feita pelo IPEA¹⁷, ao realizar um panorama sobre as condições de habitação e saneamento dos municípios brasileiros, materializou a desigualdade social de raça e de gênero existente, utilizando-se como parâmetros lares chefiados por pessoas brancas e por pessoas negras, dentro de uma realidade de que 66,2% dos domicílios urbanos em favelas são ocupadas por pessoas pretas ou pardas, conforme citado no capítulo anterior.

Em primeiro lugar, constatou-se que, muito embora há um aumento gradual na proporção de domicílio com abastecimento de água, havendo crescimento significativo aos serviços nos domicílios de chefia negra – 90,1% em 2009 –, ainda assim não se equipara a cobertura do serviço fornecido entre a população branca, que era de 94,8% em 2009. Essa regra não se altera quando se trata de esgotamento sanitário, em que os domicílios compostos por pessoas brancas correspondem a 77,1 %, enquanto apenas 60% da população negra dispõe do serviço.¹⁸

Mas não só. Em razão da ocupação, majoritariamente, ser em áreas de risco, essas pessoas convivem diariamente com a possibilidade de perderem as suas vidas por fenômenos da natureza. As habitações precárias contribuem para a intensificação dos riscos enfrentados pela população de baixa renda, gerando assim um ciclo em que essa população reside em regiões ambientalmente frágeis e, devido à falta de recursos financeiros para lidar com custos elevados, acaba por agravar as condições de suas moradias.

Em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo (IPT), o Rio de Janeiro é o estado com maior número de mortes por deslizamento de terras em encostas, com 2.143 vítimas.¹⁹ E essas mortes, inegavelmente, são proporcionais ao número de núcleos irregulares instaurados em encostas no estado.

Como ocorreu no ano de 2010 no Município de Angra dos Reis, um deslizamento de terra surpreendeu diversos moradores, principalmente do Morro da Carioca, no dia 01 de Janeiro²⁰, ceifando a vida de 53 pessoas e deixando rastros até hoje significantes. Essas áreas, não só em Angra dos Reis, mas em outros municípios do Rio que sofreram com os desastres anos após, de fato eram ocupadas irregularmente, já que a região central é composta por pequena faixa litorânea, cercada por comunidades formadas nas encostas.

¹⁷ IPEA, *op. cit.*, p. 31.

¹⁸ IPEA, *op. cit.* p.31-32.

¹⁹ IPT. *Mortes por deslizamento no Brasil: 1988 a 2022*. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://static.poder360.com.br/2023/02/pesquisa-deslizamentos.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2023.

²⁰ RIBEIRO, Alexandre. *Os desastres Naturais e a Interferência Humana em suas Causas e Consequências: Caso Angra dos Reis 2010. 2014*. 60 f. Dissertação (Mestrado em Segurança e Defesa Civil) – Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro.

A solução dada a essas pessoas foram as concessões de aluguéis sociais ou inscrição no Programa Minha Casa Minha Vida, com a consequente demolição da moradia e o não reconhecimento de indenização por danos morais ou materiais.²¹ A fundamentação se dá, por sua vez, em razão da função social da propriedade e da responsabilidade do município em preservar vidas, com a remoção de famílias em áreas de riscos.

Assim feito, essas pessoas são compulsoriamente retiradas das habitações construídas com o esforço do seu trabalho, nas quais idealizaram uma moradia digna, convencidas pela cultura de irregularidade urbana desde a concepção da cidade de que ali estava o seu maior patrimônio. Com os desastres, políticas públicas são contempladas, diferentemente do que ocorreu quando da difusão dos núcleos informais por todo o estado quando essas mesmas pessoas não eram agraciadas pelo direito à moradia.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DOS INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA PARA ACESSO À MORADIA DIGNA

Diante da nova abordagem constitucional, a regularização fundiária é validada e passa a ser vista como uma verdadeira solução para o problema habitacional. Porém, a irregularidade não é e nunca foi o único problema das favelas cariocas. Junto com o peso da irregularidade imobiliária os moradores desses assentamentos, conseqüentemente, são submetidos a essas a inúmeras violações a garantias fundamentais, o que notadamente não ocorre na zona nobre.

O Direito Brasileiro e as normas editadas em favor da regularização fundiária se voltam para a resolução da informalidade, prevendo maneiras acessíveis de os moradores obterem o título de propriedade, o que é plausível e deve ser ratificada. O que essas políticas ainda não foram capazes de solucionar é o fato de que a regularização fundiária nas favelas favorece, ou deveriam favorecer, pessoas de baixa renda e vulneráveis socialmente, de forma que não conseguem sustentar os custos da formalidade, a qual exige o embolso de altas taxas, emolumentos cartorários, impostos e até mesmo tarifas de consumo de energia elétrica e água para que possam permanecer na regularidade proposta pela norma.

Após a promulgação da Constituição da República, diversas foram as legislações que trataram da regularização de conjuntos habitacionais. Iniciou-se o século XXI com grande

²¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 0008437-26.2017.8.19.0003. Relatora: Desembargadora Renata Machado Cotta. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DEA45D8348E657BDB9CDB706928D8FC7C50A323D171F.> Acesso em: 05 nov. 2023.

avanço legislativo no que concerne à implementação do direito fundamental à moradia adequada. A Lei 10.257/01²² (Estatuto da Cidade) estabelece diretrizes gerais da política urbana no País, reforçando os ditames constitucionais do artigo 182²³ e consolida a chamada Ordem Urbanística mediante a formação de um conjunto de normas de direito urbanístico.

Como bem salienta Carmona, conforme a Constituição Federal de 1988, a finalidade da política de desenvolvimento urbano é promover a organização do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, assegurando o bem-estar dos seus habitantes, como estipula o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, fundamental para a qualidade de vida saudável (artigo 225, caput). O Estatuto da Cidade, em consonância, aborda a garantia do bem-estar dos cidadãos (artigos 1º, parágrafo único, 2º, X e 3º, II) e a promoção da qualidade de vida da população (artigos 37 e 39).²⁴

Na regulamentação de instrumentos de políticas urbanas, aplicados em todo o território nacional, o Estatuto da Cidade trouxe consigo uma estrutura social com ferramentas destinadas a viabilizar a construção de habitações e a ordenação do espaço, com o propósito de efetivar os princípios estabelecidos na Constituição e promover uma sociedade mais justa e equilibrada.

O avanço na concretização do direito à moradia adequada tornou-se evidente através do "Programa Minha Casa, Minha Vida", criado pelo governo federal em colaboração com estados, municípios, empresas e grupos sociais. A regulamentação desse programa inclui uma série de Portarias, Portarias Interministeriais, Decretos e Leis Ordinárias. Destacam-se, entre elas, as Leis n. 11.977/09²⁵ e 12.424/11²⁶ cujo objetivo principal é garantir o acesso à habitação e a regularização fundiária como meios para a realização do direito à moradia.

Posteriormente, a lei 11.977/09 foi revogada pela nova Lei 13.465/17²⁷, a qual criou institutos do direito real de laje, o condomínio de lotes, e condomínio urbano simples e, sobretudo, tratou sobre os conjuntos habitacionais informais. Atualmente, essas categorias são abordadas no âmbito da Regularização Fundiária Urbana (Reurb) de acordo com a nova

²² BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 18 set. 2023.

²³ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2023.

²⁴ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Por um conceito de Direito Urbanístico. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 15-32, jul./dez. 2015.

²⁵ BRASIL. Lei 11.977, de 07 de julho de 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 12 set. 2023.

²⁶ BRASIL. Lei 12.424, de 16 de junho de 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12424.htm>. Acesso em: 12 set. 2023.

²⁷ BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 19 set. 2023.



legislação. Em 15 de março de 2018, o Decreto Federal nº. 9.310²⁸ foi oficializado, estabelecendo diretrizes para o processo de regularização fundiária urbana.

Em relação a atual legislação, é evidente o empenho legislativo em impulsionar a regularização fundiária em consonância com o conceito de habitação adequada, assegurando que a titulação seja complementada por todas as estruturas urbanas e sociais essenciais para reduzir as disparidades socioespaciais, visando uma ocupação do solo de forma eficaz.

No entanto, questiona-se a possibilidade dessas pessoas receberem título de aquisição originária da propriedade sem que comprometa a sua subsistência. Essa situação decorre do fato de que as populações menos privilegiadas frequentemente enfrentam obstáculos de natureza material na observância dos requisitos legais, como dificuldades no acesso à burocracia estatal e restrições financeiras que a impedem de cumprir os requisitos trazidos pela lei.

Um outro fator contribuinte para a formação de favelas, além dos já mencionados nos capítulos anteriores, é o elevado custo associado à habitação, seja na compra, aluguel de imóveis, em relação aos orçamentos familiares. De acordo com dados do IBGE, a renda média mensal por pessoa nos lares brasileiros é de aproximadamente R\$1373,00.²⁹ Isso, por sua vez, está intrinsecamente ligado à valorização de áreas voltadas exclusivamente para a especulação imobiliária³⁰, o que resulta na redução das oportunidades de acesso à moradia formal para indivíduos de baixa renda.

Isso corrobora o fato de que não basta a implementação de políticas públicas habitacionais sem que se leve em consideração o histórico vivido na sociedade e quais são os motivos pelos quais nenhuma delas foi realmente efetiva no plano urbanístico, de modo que a instituição de normas genéricas desse caráter não será capaz de suprir as particularidades existentes nesses núcleos.

A política da formalidade trazida pela Lei 13. 465/17 se preocupa com a titulação dos moradores perante os registros públicos de imóveis para que possam exercer o seu direito de propriedade e, conseqüentemente, o direito à moradia plena. No entanto, o que não se verifica na prática é a integração desse núcleo informal por meio de mecanismos de adaptação urbanística que fazem com que as favelas se tornem compatíveis com a realidade urbana formal

²⁸ BRASIL. *Decreto nº 9.310*, de 15 de março de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9310.htm>. Acesso em: 19 set. 2023.

²⁹ IBGE. *IBGE divulga o rendimento domiciliar per capita 2021*. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4bG6NbRmmi8J:ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2018.pdf+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 18 out. 2023.

³⁰ A especulação imobiliária é o processo de mudança na valorização dos solos, consistindo na prática de obtenção de lucro privado a partir de investimentos realizados sobre um determinado terreno.



e com a norma jurídica atual de modo a oferecer aos seus ocupantes muito mais do que um título: uma estrutura digna de moradia.

A doutrina já conceitua a chamada regularização urbana plena³¹, que defende que o instrumento urbano utilizado pelo ordenamento jurídico deve ser efetivo em sua integralidade de modo a interpretar os princípios constitucionais trazidos pela Carta Magna e a garantir o direito à moradia plena. No entanto, no que pese a nova lei de regularização fundiária ser rica em princípios que reafirmam tais balizas constitucionais, não trouxe em seu espoco os instrumentos capazes de suprir as demandas reais das favelas. O título se garante, mas e o saneamento básico?

A omissão da lei em não condicionar o título formal a uma estrutura urbana adequada e plena faz com que essas pessoas permaneçam tendo uma moradia indigna, apesar da titulação, e são obrigadas a arcarem com os efeitos da regularidade imobiliária que lhe são inerentes, além de disputarem com os interesses do mercado imobiliário diante do poder que empreiteiras e construtoras possuem na aquisição de áreas, a partir da regularização, concebíveis.

Para que a regularização plena se torne uma realidade, portanto, é preciso que as legislações deixem de ser meramente principiológicas e passem a ser executivas, de modo a prever obrigações e implementações de políticas públicas de infraestrutura nas favelas como condição de procedibilidade da regularização fundiária. Além disso, deve haver um maior engajamento por parte do Poder Judiciário de modo a reforçar não só o direito à moradia, mas o direito à moradia plena que deve se sobrepor a qualquer formalidade inegavelmente discrepante da realidade.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar a efetividade do direito à moradia digna como uma questão fundamental para a garantia dos direitos humanos e o desenvolvimento sustentável de qualquer sociedade. No Rio de Janeiro, como em muitas outras regiões do mundo, essa questão é particularmente relevante devido à presença de ocupações em assentamentos irregulares e as iniciativas de regularização fundiária. O presente artigo buscou analisar os riscos e a vulnerabilidade enfrentados por aqueles que vivem nessas

³¹ CORREIA, Arícia Fernandes. Direito da regularização fundiária urbana e autonomia municipal: a conversão da medida provisória n. 759/2016 na lei federal n. 13.465/2017 e as titulações da Prefeitura da Cidade do Rio De Janeiro no primeiro quadrimestre de 2017. *Revista Geo UERJ*. n° 31. UERJ: Rio de Janeiro, 2017.



condições, bem como as políticas de regularização fundiária implementadas para melhorar a qualidade de vida dessas comunidades.

Ao longo deste estudo, foi possível identificar uma série de desafios enfrentados pelos residentes de assentamentos irregulares no Estado do Rio de Janeiro. Esses desafios incluem a falta de acesso a serviços básicos, como água, energia elétrica e saneamento, a exposição a riscos ambientais e a insegurança habitacional. A precariedade das condições de moradia nessas áreas coloca em xeque a efetividade do direito à moradia digna para muitos indivíduos e famílias.

Além disso, foi observado que a situação de vulnerabilidade dessas comunidades é agravada por questões sociais, econômicas e políticas. A falta de acesso a empregos formais, educação de qualidade e serviços de saúde adequados contribui para a perpetuação do ciclo de pobreza e marginalização. As ocupações irregulares muitas vezes resultam de uma combinação de necessidades habitacionais não atendidas e falta de opções acessíveis no mercado imobiliário formal.

No entanto, também foram identificadas iniciativas de regularização fundiária que visam melhorar as condições de moradia dessas comunidades. A regularização fundiária pode proporcionar segurança jurídica aos ocupantes e permitir o acesso a serviços públicos essenciais. No entanto, a implementação eficaz dessas políticas enfrenta desafios significativos, como a burocracia, a resistência política e a falta de recursos.

Em conclusão, a efetividade do direito à moradia digna no Estado do Rio de Janeiro é uma questão complexa e multifacetada. As ocupações em assentamentos irregulares representam um desafio significativo, pois muitas pessoas vivem em condições precárias e enfrentam riscos à sua segurança e bem-estar. No entanto, as políticas de regularização fundiária têm o potencial de melhorar substancialmente a qualidade de vida dessas comunidades, desde que sejam implementadas de maneira eficaz e inclusiva, com a implementação de infraestrutura capaz de sustentar o mínimo responsável pela promoção de uma moradia com dignidade.

Portanto, é essencial que o Estado do Rio de Janeiro e as autoridades competentes continuem a buscar soluções que garantam o direito à moradia digna para todos os seus cidadãos, independentemente de sua condição socioeconômica. Isso envolve não apenas a regularização fundiária, mas também o investimento em serviços públicos de qualidade, a promoção do acesso ao emprego formal, a mitigação dos riscos ambientais e, sobretudo, políticas de regularização fundiária plena. Somente por meio de esforços abrangentes e coordenados será possível alcançar progressos significativos na efetividade desse direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ABREU, Maurício de Almeida. *A Evolução Urbana do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Pereira Passos, 2010.

_____. Da Habitação ao Hábitat: A Questão da Habitação Popular no Rio de Janeiro e sua Evolução. *Revista Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n 2, p. 216-218, abril. 1986.

ABREU, M.A., VAZ, L.F. Sobre as origens da favela. *In: IV Encontro Nacional da ANPUR*. Salvador. Anais. Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional. 1991. p. 481-492.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *História da Vida Privada no Brasil: Império - A Corte e a Modernidade Nacional*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

BORIS, Fausto. *História do Brasil*. São Paulo, 14 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019.

BRASIL. *Código de Águas*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643compilado.htm. Acesso em: 18 mai. 2023.

_____. *Código de Minas*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm. Acesso em: 18 mai. 2023.

_____. Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2023.

_____. *Decreto nº 9.310*, de 15 de março de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9310.htm.

_____. Lei 10.257/0, de 10 de julho de 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

_____. Lei 11.977, de 07 de julho de 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 12 set. 2023.

_____. Lei 12.424, de 16 de junho de 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12424.htm. Acesso em: 12 set. 2023.

_____. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm.

_____. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm. Acesso em: 19 set. 2023.

BRUM, Mário. Favelas e remocionismo ontem e hoje: da Ditadura de 1964 aos Grandes Eventos. Rio de Janeiro, *O Social em Questão*, Rio de Janeiro, v.16, ano 16, n 29, p.179-208, jan. 2013.

_____. *Cidade Alta: história, memórias e estigma de favela num conjunto habitacional do Rio de Janeiro*. 2012. 349 f. Trabalho monográfico (Pós-graduação em História) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2011, p. 26-32.

CAMPO PAULINO, Silvia; OLIVEIRA, Rosane. *Vadiagem e as Novas Formas de Controle da População Negra Urbana Pós-abolição*. Disponível em: <file:///C:/Users/maria/Downloads/Vadiagem_e_as_Novas_Formas_De_Control_D.pdf > Acesso em: 10 jun. 2023.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Por um conceito de Direito Urbanístico. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 15-32, jul./dez. 2015. CHALHOUB, Sidney. *Cidade Febril. Cortiços e epidemias na Corte Imperial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

CORREIA, Arícia Fernandes. Direito da regularização fundiária urbana e autonomia municipal: a conversão da medida provisória n. 759/2016 na lei federal n. 13.465/2017 e as titulações da Prefeitura da Cidade do Rio De Janeiro no primeiro quadrimestre de 2017. *Revista Geo UERJ*. nº 31. UERJ: Rio de Janeiro, 2017.

IBGE. IBGE divulga o rendimento domiciliar per capita 2021. Disponível em:<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4bG6NbRmmi8J:ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Renda_domiciliar_per_capita/Renda_domiciliar_per_capita_2018.pdf+&cd=6&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 18 out. 2023.

_____. *Censo 2010: Aglomerados subnormais*. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rj/rio-de-janeiro/pesquisa/23/25359>. Acesso em: 05 ago. 2023.

IPEA. *Retratos das Desigualdades de Gênero e Raça*. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf. Acesso em: 25 out. 2023.

IPT. *Mortes por deslizamento no Brasil: 1988 a 2022*. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://static.poder360.com.br/2023/02/pesquisa-deslizamentos.pdf. Acesso em: 16 ago. 2023.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

_____. Remoção de favelas. *Revista de Direito das cidades*, Rio de Janeiro, v. 09, nº 3, p. 1383-1392, 2017.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *O Direito Fundamental de Propriedade dos Remanescentes das Comunidades de Quilombo no Brasil. A titulação dos Territórios como Instrumento de Efetividade do Artigo 68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias*. 189 f. Doutorado em Direito. (Direito Público e Evolução Social) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2018.



_____. Direito à Moradia Como Direito da Personalidade. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, n75, p. 135-142, jun./set. 2016.

SOUZA, Daiane. *População Escrava no Brasil é detalhada em Censo de 1872*. Disponível em: <https://www.palmares.gov.br/?p=25817>. Acesso em: 15 mai. 2023.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 0008437-26.2017.8.19.0003. Relatora: Desembargadora Renata Machado Cotta. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DEA45D8348E657BDB9CDB706928D8FC7C50A323D171F. > Acesso em: 05 nov. 2023.

RIBEIRO, Alexandre. *Os desastres Naturais e a Interferência Humana em suas Causas e Consequências: Caso Angra dos Reis 2010*. 2014. 60 f. Dissertação (Mestrado em Segurança e Defesa Civil) – Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro.

RIBEIRO, R.L.C, VEIGA, F.B. Reassentamentos Urbanos no Rio de Janeiro: Considerações sobre a Continuidade do Estigma de Favela em um Conjunto Habitacional. *Revista Caderno de Ciências Sociais da UFRPE*, Pernambuco, p. 9-27, jan./jul. 2014.



TRIBUNAL DO JÚRI: O CABIMENTO DA APELAÇÃO OU A PREVALÊNCIA DO QUESITO DA CLEMÊNCIA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS?

Mariana Wanderley Silva

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

Resumo – o Tribunal do Júri é o órgão competente para julgar os crimes cometidos contra a vida. Este é formado pelo Conselho de Sentença e pelo juiz presidente. O Conselho de Sentença, formado por 7 jurados, é o responsável pela absolvição ou condenação do acusado. No julgamento da causa, os jurados devem responder a determinados quesitos e, ao final, responder a um quesito genérico, no qual pergunta-se se os jurados absolvem o acusado. Os jurados podem, portanto, julgar pela absolvição do acusado mesmo nos casos em que haja provas concretas contrárias à decisão absolutória. Portanto, o presente trabalho tem como objetivo verificar se o Ministério Público pode, com base no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, apelar da decisão absolutória baseada na clemência dos jurados quando houver provas contrárias a essa absolvição e, se ao interpor o recurso, os princípios constitucionais da soberania dos veredictos ou da inviolabilidade do direito à vida seriam violados.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Apelação. Absolvição do réu. Clemência.

Sumário – Introdução. 1. Tribunal do Júri: a sentença subjetivamente complexa e o possível cabimento do recurso de apelação (art. 593, III, do CPP). 2. O conflito entre os princípios da soberania dos veredictos e da inviolabilidade do direito à vida. 3. (In)aplicabilidade do art. 593, iii, d, do CPP e a (in)existência da clemência absoluta diante decisões proferidas pelo STF e STJ. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar o cabimento do recurso de apelação pelo Ministério Público com base no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal (“CPP”) contra uma sentença absolutória fundada no quesito genérico de absolvição previsto no art. 483, §2º, do CPP. Procura-se demonstrar se a interposição do referido recurso pelo Ministério Público fere o princípio da soberania dos veredictos ou se a sua não interposição enseja uma violação ao princípio do direito à vida.

Para isso, abordam-se as posições doutrinárias e as decisões do Supremo Tribunal Federal (“STF”) e do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) a respeito do tema para que se possa verificar se aqueles princípios são ou não violados quando o Ministério Público interpõe uma apelação, na qual requer um novo julgamento, contra uma sentença absolutória fundada no quesito genérico de absolvição.



O Tribunal do Júri foi instituído no Brasil em 1822 e, desde então, é um órgão especial do Poder Judiciário com competência para julgar os crimes dolosos contra a vida tentados ou consumados, conforme dispõe o art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal. Este órgão tem como objetivo assegurar a participação da própria sociedade no âmbito criminal. Isso é viabilizado pela sua composição, pois o Tribunal do Júri é composto por um juiz presidente e pelo plenário, o qual é formado por 25 jurados (cidadãos) dos quais 7 são sorteados para compor o Conselho de Sentença.

No âmbito do Tribunal do Júri, o juiz presidente profere uma decisão de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação, enquanto os jurados, após a fase preparatória, julgam o acusado por meio de quesitos elaborados pelo juiz presidente. Ocorre que, após a alteração do art. 483, do CPP pela Lei n. 11.689/08, os jurados passaram a responder a um quesito genérico, qual seja: “o jurado absolve o acusado?”, o que fez com que acusados fossem absolvidos mesmo com a presença de provas contrárias à sentença absolutória.

Isso fez com que o Ministério Público, para impedir sentenças como aquelas, interpusesse recurso de apelação com fundamento no art. 583, III, d, do CPP. Ao interpor este recurso, o Ministério Público tem como objetivo a anulação do julgamento sob o principal argumento de que a prova dos autos é manifestamente contrária à sentença absolutória, bem como a realização de um novo julgamento com novos jurados.

Contudo, a interposição do recurso de apelação com fundamento no art. 583, III, d, do CPP gerou controvérsias e favoreceu o surgimento das seguintes reflexões: este recurso em que se requer um novo julgamento viola o princípio constitucional da soberania dos veredictos? Caso contrário, a sua não interposição viola o princípio constitucional do direito à vida?

Há doutrinadores que defendem o não cabimento da apelação, fundada na prova manifestamente contrária aos autos, quando o acusado é absolvido com base no quesito genérico (art. 483, §2º, do CPP), já que os jurados possuem autonomia para absolver o acusado sem qualquer tipo de fundamento, ou seja, de forma irrestrita e que tal decisão prevalece diante do princípio da soberania dos veredictos. Enquanto outros, defendem pela possibilidade de sua interposição, uma vez que a anulação do julgamento não violaria o princípio da soberania dos veredictos, já que outro júri seria responsável pelo novo julgamento, o que manteria a competência do juiz natural (Tribunal do Júri) previsto pela Carta Magna.

Assim sendo, observa-se que o tema é controvertido, pois tanto a doutrina, como a jurisprudência, diante de dois princípios constitucionais (soberania dos veredictos e o direito à vida), se debruçam sobre a (im)possibilidade do cabimento dessa apelação pelo Ministério Público nos casos de absolvição do acusado pela clemência. Logo, este tema merece atenção,

uma vez que princípios constitucionais devem ser ponderados, bem como é uma matéria que envolve a própria liberdade do acusado. Ademais, não há uma decisão definitiva sobre o tema, visto que o STJ, o STF e a doutrina divergem sobre qual seria a solução mais adequada para o presente caso.

Para melhor compreensão do presente tema, busca-se, com isso, analisar as possibilidades do cabimento da apelação do Tribunal do Júri, as quais são vinculadas, suas consequências, bem como estudar os princípios da soberania do veredicto e o princípio da inviolabilidade do direito à vida que norteiam o procedimento do Tribunal do Júri. Pretende-se também demonstrar como tais princípios influenciam ou não o cabimento da apelação pelo Ministério Público contra uma sentença absolutória fundada no quesito absolutório. Visa-se ainda a análise da jurisprudência do STJ e do STF para verificar o que tem prevalecido no âmbito dos Tribunais Superiores.

Com o objetivo de analisar a (im)possibilidade do cabimento da apelação pelo Ministério Público contra uma sentença absolutória fundada no quesito do art. 483, §2º, do CPP, o presente estudo pretende no primeiro capítulo examinar a natureza da sentença proferida no âmbito do Tribunal do Júri, bem como as hipóteses de cabimento do recurso de apelação no procedimento do Tribunal do Júri e as possíveis consequências decorrentes das decisões do juízo *ad quem* ao darem provimento à apelação em cada hipótese do art. 593, III, d, do CPP.

Posteriormente, no segundo capítulo, estudam-se os dois princípios constitucionais que norteiam todo o julgamento do Tribunal do Júri, quais sejam: (i) o princípio da soberania dos veredictos e (ii) o princípio da inviolabilidade do direito à vida. Pretende-se também verificar como tais princípios influenciam o cabimento ou não da apelação pelo Ministério Público com base no art. 593, III, d, do CPP (decisão manifestamente contrária às provas dos autos).

Já o terceiro capítulo tem como objetivo pesquisar, de acordo com a jurisprudência do STF e STJ e com a doutrina, qual entendimento tem prevalecido: a possibilidade ou não do Ministério Público apelar da decisão manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, d, do CPP) mesmo no caso de sentença absolutória com base no requisito genérico de absolvição do réu. Neste capítulo, também será analisado se o quesito da clemência deve ser interpretado de forma absoluta ou não, seguindo as decisões do STJ e do STF.

A pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo, sobretudo no aspecto explicativo, no qual se recorre à pesquisa bibliográfica pertinente ao tema objeto de análise, bem como à jurisprudência dos tribunais, em especial do STF e do STJ, como forma de analisar os diferentes entendimentos em torno da questão e como forma de defender a tese apresentada.

1. TRIBUNAL DO JÚRI: A SENTENÇA SUBJETIVAMENTE COMPLEXA E O POSSÍVEL CABIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO (ART. 593, III, DO CPP)

Antes de examinar as hipóteses de cabimento do recurso de apelação no âmbito do Tribunal do Júri, é preciso analisar a sentença proferida pelo juiz presidente. Segundo Renato Brasileiro¹, esta sentença, prevista no art. 492 do Código de Processo Penal (CPP)², é subjetivamente complexa. Isso ocorre porque dois órgãos jurisdicionais são necessários para a sua formação, quais sejam: (i) o Conselho de Sentença e (ii) o juiz presidente. O Conselho de Sentença é o órgão, composto por 7 jurados, responsável por decidir sobre a existência, autoria do crime, qualificadoras, causas de aumento e de diminuição, bem como sobre a possível absolvição do acusado. Frisa-se, desde logo, que o juiz presidente não pode se imiscuir no julgamento realizado pelo Conselho de Sentença. Cabe ao juiz presidente aplicar a pena do fato imputado ao réu seguindo o sistema trifásico nos termos do art. 68, do Código Penal (CP)³.

Ainda no tocante à sentença, o juiz presidente pode proferir as seguintes espécies de sentenças no âmbito do Tribunal do Júri: (i) pronúncia; (ii) impronúncia; (iii) desclassificação e (iv) absolvição sumária. Cabe neste ponto analisar em maior detalhe a sentença absolutória, visto que será objeto de questionamento deste trabalho nos próximos capítulos. Tendo isso em vista, a sentença absolutória é aquela em que os jurados entendem pela absolvição do acusado, demonstrando que a defesa possui razão. O juiz, neste caso, julga improcedente o pedido da acusação, coloca o acusado em liberdade nos termos do art. 492, II, do CPP⁴ e revoga eventuais medidas restritivas impostas.

Já em relação às hipóteses de cabimento do recurso de apelação, estas estão previstas tanto no art. 593, III, do CPP⁵, como no art. 416, do CPP⁶. Este artigo determina que a apelação é o recurso cabível contra as sentenças de absolvição sumária e de impronúncia. Já o art. 593, III, do CPP⁷ prevê o cabimento do recurso de apelação contra as seguintes decisões proferidas no procedimento do Tribunal do Júri:

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1536.

² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 03 abr. 2023.

³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 abr. 2023.

⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

[...] a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos [...]⁸.

Observa-se que, no tocante ao procedimento adotado no Tribunal do Júri, o CPP restringiu as hipóteses de cabimento do recurso de apelação, o que faz com que a apelação tenha uma fundamentação vinculada às hipóteses acima apresentadas. De acordo com Guilherme Nucci⁹, ao apelar da sentença proferida no âmbito do Tribunal do Júri, a parte recorrente deverá indicar, desde logo, na apelação qual é o motivo que a levou a recorrer. Este motivo deve ser uma das hipóteses elencadas pelo art. 593, III, do CPP¹⁰.

Ao indicar na apelação uma das hipóteses de cabimento da apelação (art.593, III, do CPP¹¹), o juízo *ad quem* fica vinculado a este motivo, ou seja, deverá julgar somente nos limites do recurso interposto. Nesse mesmo sentido, a Súmula 713 do STF¹² dispõe que “O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição”.

Nesse ponto, Renato Brasileiro¹³ destaca a importância de a sentença ser subjetivamente complexa, pois, ao julgar o recurso de apelação, o juízo *ad quem* deve observar se a matéria, objeto do referido recurso, é de competência dos jurados (protegida pela soberania dos veredictos) ou se é de competência do juiz presidente. Quando a matéria for de competência dos jurados, o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal (“TRF”) poderá cassar a decisão (juízo rescindente) e determinar que haja um novo julgamento realizado por novos jurados. Em contrapartida, se a apelação atacar algum ponto da decisão de competência do juiz presidente, o Tribunal ou o TRF fará tanto o juízo rescindente, como o juízo rescisório. Isso significa que o juízo *ad quem* cassará a sentença proferida pelo juiz presidente e, ao mesmo tempo, proferirá outra substituindo-a. Um exemplo citado por Renato Brasileiro¹⁴ ocorre quando o Tribunal ou TRF corrige um erro em relação ao *quantum* da pena fixada pelo juiz presidente.

⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

⁹ NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2022. [E-book].

¹⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

¹¹ *Ibid.*

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 713*. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2580>. Acesso em: 06 abr. 2023.

¹³ LIMA, *op. cit.*, p. 1821.

¹⁴ *Ibid.*



Feita essa análise sobre a sentença proferida no procedimento do Tribunal do Júri, passa-se ao exame dos motivos que podem ensejar o cabimento da apelação nos termos do art. 593, III, do CPP¹⁵.

Em relação à alínea “a” (da decisão do Júri quando ocorrer nulidade posterior à pronúncia), é preciso que a nulidade apontada tenha ocorrido após a pronúncia, seja uma nulidade relativa, seja uma nulidade absoluta. Como exemplos de nulidades que ocorrem após a decisão de pronúncia há: a quebra da incomunicabilidade dos jurados, o não cumprimento do mínimo de 15 jurados, entre outros. Frisa-se também que essa hipótese de cabimento da apelação não é ligada ao julgamento em si realizado pelos jurados, mas de uma hipótese que, caso julgada procedente, ensejará (i) a realização de um novo julgamento ou (ii) a renovação do ato nulo.

Quanto à alínea “b” primeira parte (sentença do juiz presidente for contrária à lei), o juiz presidente age de forma contrária à lei e, com isso, o tribunal reformará a decisão. Um exemplo mencionado por Guilherme Nucci ocorre quando:

[...] o juiz deixa de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no §1.º, do art. 121, do Código Penal, embora tenha o Conselho de Sentença reconhecido a ocorrência do domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima. O tribunal, nesse caso, aplica diretamente a diminuição [...]¹⁶.

Já em relação à segunda parte da alínea “b” (sentença do juiz presidente for contrária à decisão dos jurados), o juiz presidente profere uma decisão que não está de acordo com o que foi julgado pelos jurados. Assim, no que tange essas duas hipóteses da alínea “b”, há um erro do próprio juiz presidente, o que enseja a correção pelo próprio tribunal, protegendo, assim, a soberania dos veredictos.

No que tange à alínea “c” (erro ou injustiça quanto à aplicação da pena ou medida de segurança), trata-se também de um erro cometido pelo próprio juiz presidente que deve ser corrigido pelo juízo *ad quem*, conforme determinado, inclusive, pelo §3º do art. 593, do CPP¹⁷. Nesse caso, o juiz, por exemplo, deixa de observar as circunstâncias judiciais ao aplicar a pena ao acusado ou aplica a medida de segurança de internação, quando, na verdade, a medida cabível seria o tratamento ambulatorial. Se o erro apontado pela apelação for em relação à existência de qualificadoras ou causas de aumento e diminuição, o juízo *ad quem* não poderá reformar a decisão, pois fazem parte do julgamento realizado pelos jurados.

¹⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

¹⁶ NUCCI, *op. cit.*, p. 580.

¹⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.



Por fim, a última hipótese presente na alínea “d” e que será enfrentada durante todo este trabalho, diz respeito à decisão dos jurados manifestamente contrária às provas dos autos. Renato Brasileiro em seu livro defende que, para a apelação ser fundamentada nesta hipótese, a decisão dos jurados deve ser absurda e totalmente contrária as provas dos autos, sob pena de violar o princípio da soberania dos votos¹⁸. Nesse caso, o tribunal, nos termos do art. 593, §3º, do CPP¹⁹ deverá cassar a de decisão dos jurados e, com isso, determinar a realização de um novo julgamento composto por novos jurados. Ainda em relação a essa alínea, há uma posição minoritária que argui a inconstitucionalidade do art. 593, III, d, do CPP²⁰ por violar o princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Cabe ressaltar também que o art. 593, III, d, do CPP²¹ só pode ser utilizado uma única vez ou pela acusação ou pela defesa, ou seja, uma apelação com fundamento nessa alínea só pode ser interposta uma única vez. O §3º do referido artigo deixa isso bem claro ao determinar que “não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação”. Isso faz com que o processo penal não se torne infinito.

A dúvida que resta e que se pretende responder mais adiante é se, mesmo no caso de uma sentença absolutória fundada no quesito genérico (“o jurado absolve o acusado?”), seria possível a interposição do recurso de apelação fundado na alínea “d” do art. 593, III, do CPP²², que ensejaria a anulação do julgamento do Conselho de Sentença pelo juízo *ad quem*.

2. O CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS E DA INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA

A Constituição Federal de 1988 reconheceu em seu art. 5º, XXXVIII²³ o Tribunal do Júri e algumas características que lhe são inerentes como: (i) o princípio da plenitude de defesa; (ii) a soberania dos veredictos; (iii) sigilo das votações e (iv) a competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida. O procedimento especial do Tribunal do Júri é regido por diversos princípios, quais sejam: da plenitude de defesa, do sigilo das votações, da soberania dos veredictos e da competência para os crimes dolosos contra a vida.

¹⁸ LIMA, *op. cit.*, p. 1824.

¹⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 ago. 2023.

Contudo, o presente estudo aborda, entre os princípios que regem o Tribunal do Júri, apenas o da soberania dos veredictos. Isso porque é o princípio que tem relação direta com a questão a ser enfrentada por esse estudo, qual seja: a (im)possibilidade de o Ministério Público apelar da sentença absolutória fundamentada com base no quesito genérico (“o jurado absolve o acusado?”) mesmo diante de provas totalmente contrárias à absolvição do acusado. Outro princípio analisado é o princípio da inviolabilidade do direito à vida, já que também deve ser ponderado pelos jurados ao analisarem as provas do caso concreto.

O princípio da soberania dos veredictos previsto no art. 5, XXXVIII, “c”, CRFB/88²⁴ visa, justamente, dar uma maior proteção à decisão proferida pelo Conselho de Sentença. Cumpre ressaltar, neste ponto, que o Conselho de Sentença é um órgão formado por 7 jurados leigos, os quais são responsáveis por decidir pela procedência ou improcedência da acusação pelo crime doloso contra a vida, ou seja, são responsáveis por julgar o mérito do caso concreto. Os jurados, ao julgar, não precisam justificar o seu voto, mas apenas responder aos quesitos de forma objetiva (“sim” ou “não”).

Essa proteção conferida pelo referido princípio ao julgamento proferido pelo Conselho de Sentença impede que o juiz presidente altere o mérito do caso concreto. Ademais, o próprio Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, ao analisar os recursos interpostos pelas partes, não pode alterar a decisão dos jurados. O que deve ser feito pelo Tribunal é a anulação do julgamento e, conseqüentemente, a realização de um novo julgamento com novos jurados. Isso porque, ao fazer isso, o Tribunal não se imiscuirá no mérito e manterá a competência do juiz natural do Tribunal do Júri, a qual é assegurada pela própria CRFB/88 em seu art. 5, XXXVIII, “c”, CRFB/88²⁵.

A questão que se impõe, contudo, é se a apelação fundamentada no art. 593, III, “d”, do CPP²⁶ viola o princípio da soberania dos veredictos quando o próprio Conselho de Sentença optou por absolver o acusado com base no quesito genérico (“o jurado absolve o réu?”). Neste ponto, Renato Brasileiro, defende que para que não haja a violação ao princípio da soberania dos veredictos é preciso que as provas dos autos sejam totalmente contrárias à decisão absolutória proferida pelos jurados. O doutrinador demonstra que uma:

[...] decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório, é aquela que não tem apoio em nenhuma prova, é aquela que foi proferida ao arrepio de tudo que consta dos autos, enfim, é aquela que não tem qualquer prova ou elemento informativo que a suporte ou justifique, e não

²⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 23.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

aquela que apenas diverge do entendimento dos juízes togados a respeito da matéria. [...] ²⁷.

Neste mesmo sentido, Guilherme Nucci²⁸ sustenta que, em casos de absolvição com base no quesito genérico, deve-se comparar as teses arguidas pela defesa do acusado, as provas dos autos e verificar se a absolvição do acusado foi ou não completamente contrária aquilo arguido, suscitado e demonstrado nas provas apresentadas. Ao verificar a contrariedade entre a absolvição e as provas acostadas ao processo, segundo o autor, o recurso de apelação com fundamento no art. 593, III, “d”, do CPP²⁹ deverá ser admitido, mesmo que os jurados tenham absolvido o réu sob o quesito da clemência.

Contudo, uma doutrina minoritária defende a inconstitucionalidade do art. 593, III, “d”, do CPP³⁰, sob o argumento de que o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal, ao anular o julgamento e estipular um novo julgamento com um novo corpo de jurados, fere o princípio constitucional da soberania dos veredictos. Ocorre que tal argumento não merece prosperar, uma vez que proibir a interposição do recurso de apelação em casos como esses violaria também outro princípio constitucional, qual seja: o princípio do duplo grau de jurisdição. Além disso, Renato Brasileiro³¹ traz outro argumento para afastar essa tese de inconstitucionalidade. O autor afirma que o juízo *ad quem*, ao anular a decisão absolutória, não modifica o mérito do caso concreto, mas, na verdade, corrige uma falha cometida pelos jurados quando a decisão absolutória for completamente contrária às provas dos autos.

O outro princípio que merece destaque, ao analisar o cabimento da apelação nos termos art. 593, III, “d”, do CPP³² nos casos em que os jurados absolveram o acusado mesmo com provas contrárias à absolvição, é o princípio constitucional da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*, CRFB/88³³). Este princípio diz respeito à própria existência do ser humano e o seu direito de viver. Marcelo Novelino³⁴, em seu livro, defende que este direito/princípio possui uma dupla acepção: (i) a negativa e (ii) a positiva. O aspecto positivo, segundo ele, refere-se ao direito ao mínimo existencial e a políticas públicas que sejam capazes de garantir ao ser humano uma vida digna. Já em seu aspecto negativo, o direito à vida “consiste no direito assegurado a

²⁷ LIMA, *op. cit.*, p. 1824.

²⁸ NUCCI, *op. cit.*, p. 582.

²⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

³⁰ *Ibid.*

³¹ LIMA, *op. cit.*, p. 1826.

³² BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

³³ BRASIL, *op. cit.*, nota 23.

³⁴ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 356-357.



todo e qualquer ser humano de permanecer vivo [...]”³⁵. Significa que tanto o Estado, como terceiros devem respeitar esse direito de permanecer vivo.

Tendo isso em vista, se uma decisão absolutória proferida pelos jurados, com base no quesito da clemência, fosse completamente contrária à prova dos autos, aquela também afrontaria o princípio constitucional do direito à vida, o qual também merece atenção e proteção. O procurador Rogério Filippetto³⁶ apontou a necessidade (i) da observância do princípio da inviolabilidade do direito à vida e (ii) do recurso de apelação quando a decisão absolutória proferida pelo Júri for completamente contrária às provas do processo. Segundo o procurador, apesar dos jurados não possuírem a obrigação de fundamentar o porquê da absolvição/condenação, é preciso que, no mínimo, haja uma coerência entre as provas dos autos e o julgamento de mérito proferido pelo Tribunal do Júri. O autor afirma ainda que: “não se apresenta como desarrazoado ter como admissível a possibilidade de absolvição por clemência, mas é preciso velar para que não se constitua uma arbitrariedade, o que se dá com a necessária vinculação dessa conclusão com o que restar apurado”³⁷.

Sendo assim, ao analisar a absolvição do acusado pelo quesito da clemência e a possibilidade da interposição do recurso de apelação com fundamento no art. 593, III, “d”, do CPP³⁸, deve-se observar tanto o princípio da soberania dos veredictos, como o princípio da inviolabilidade da vida, já que ambos são direitos fundamentais com previsão expressa na Constituição Federal de 1988. Nesses casos, há um conflito entre dois princípios fundamentais, o que demanda a utilização da ponderação para que (i) nenhum princípio se sobreponha ao outro e (ii) ambos sejam levados em consideração ao analisar o conhecimento ou o não conhecimento do recurso de apelação e, como consequência, a realização de um novo julgamento por novos jurados.

3. (IN)APLICABILIDADE DO ART. 593, III, D, DO CPP E A (IN)EXISTÊNCIA DA CLEMÊNCIA ABSOLUTA DIANTE DECISÕES PROFERIDAS PELO STF E STJ

Diante da controvérsia doutrinária acerca da (im)possibilidade de interposição de recurso em caso de sentença absolutória baseada no quesito da clemência e manifestamente

³⁵ NOVELINO, *op. cit.*, p. 357.

³⁶ FILIPPETTO, Rogério. A vinculação do poder de clemência no Tribunal do Júri. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-31/opiniao-vinculacao-poder-clemencia-tribunal-juri>. Acesso em: 08 ago. 2023.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

contrária às provas (art. 593, III, d, do CPP³⁹), é preciso analisar as posições adotadas tanto pelo STJ, como pelo STF. Isso porque além da controvérsia doutrinária, os Tribunais Superiores possuem posições conflitantes, uma vez que, enquanto o STJ entende pela possibilidade da interposição da apelação nos casos de clemência pelos jurados, o STF, em sua maioria, entende pela sua impossibilidade.

Em relação ao STJ, no HC n. 313.251-RJ⁴⁰, a Terceira Seção uniformizou a sua jurisprudência no sentido de que a interposição de recurso pelo Ministério Público com fundamento no art. 593, III, d, do CP⁴¹, mesmo nos casos clemência dos jurados, é possível quando a decisão destes for contrária às provas dos autos. Com isso, defende-se que o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional poderá cassar a decisão dos jurados, ainda que por clemência, e determinar um novo julgamento por um novo júri. A decisão do Tribunal *ad quem* deve, contudo, se ater apenas à análise da conformidade das provas com a sentença absolutória dos jurados baseada na clemência e, após tal exame com a procedência da apelação, determinar um novo julgamento, sem adentrar no mérito propriamente dito.

Ainda de acordo com o STJ, ao fazer isso, evita-se arbitrariedades e também a observância ao princípio do duplo grau de jurisdição. Na ocasião, o Exmo. Ministro Joel Ilan Paciornik (relator) sintetizou o seu argumento no sentido de que:

[...] Quanto ao ponto, entendo que a absolvição do réu pelos jurados, com base no art. 483, III, do CPP, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o Tribunal cassá-la quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão dos jurados com as provas apresentadas em plenário. Assim, resta plenamente possível o controle excepcional da decisão absolutória do Júri, com o fim de evitar arbitrariedades e em observância ao duplo grau de jurisdição [...]⁴².

Já os Ministros Felix Fischer e Nefi Cordeiro⁴³ frisaram que a alteração feita pela Lei n. 11.689/2008 não teve como objetivo alargar os poderes dos jurados, mas sim simplificar as teses defensivas em apenas uma pergunta que se resume ao quesito absolutório genérico previsto no art. 483, III e §2º, do CPP⁴⁴.

³⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 313.251-RJ. Rel.: Min. Joel Ilan Paciornik. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403455867&dt_publicacao=27/03/2018. Acesso em: 09 set. 2023.

⁴¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

⁴² BRASIL, *op. cit.*, nota 40.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.



Em outra decisão HC n. 560.668-SP⁴⁵ julgado em 18/08/2020, o STJ, mais especificamente a 5ª Turma, firmou o entendimento no sentido de que a apelação interposta pelo Ministério Público é possível, ainda que os jurados absolvam o acusado por clemência, nos casos em que a decisão é completamente contrária às provas acostadas aos autos. Frisou-se ainda que a apelação interposta nesses casos (art. 583, III, d, do CPP⁴⁶) não viola a soberania dos veredictos. Ademais, no AgRG no HC 792.486-RJ⁴⁷ julgado em 06/03/2023, sob a relatoria da Exma. Ministra Laurita Vaz, o STJ reconheceu o posicionamento adotado pelo STF, mas afirmou que o próprio STF possui decisões conflitantes entre as suas turmas. Com isso, manteve o posicionamento do STJ no sentido de que:

[...] o juízo absolutório não se reveste de caráter absoluto, podendo ser afastado, sem ofensa à soberania dos veredictos quando fique evidenciado que o decisum distanciasse, por completo, dos fatos constantes dos autos, mostrando-se manifestamente contrário às provas colhidas (quando não houver elementos fáticos e jurídicos a dar suporte à versão acolhida pelo Conselho popular) [...] ⁴⁸.

Já o STF, diante da controvérsia jurisprudencial e doutrinária e devido à relevância do tema, afetou o tema sob o n. 1087 para que seja analisado em sede de repercussão geral. Ocorre que o tema ainda não foi julgado e, atualmente, na Suprema Corte prevalece o entendimento contrário ao do STJ. O STF entende, portanto, que não é possível a interposição da apelação pela acusação nos casos em que os jurados absolvem o acusado com base no quesito de clemência, mesmo que esta decisão seja totalmente contrária à prova dos autos.

Segundo o posicionamento majoritário adotado pelo STF, o qual é observado nos seguintes julgados (i) RHC 117.076 AgR⁴⁹, (ii) HC 178777⁵⁰, (iii) HC 185068⁵¹, os fundamentos para que seja inaplicável a apelação nos casos em que os jurados julgam com base no quesito genérico da clemência é justamente o princípio da soberania dos veredictos, do

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 560.668-SP*. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000302711&dt_publicacao=24/08/2020. Acesso em: 09 set. 2023.

⁴⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ag RG no HC 792.486-RJ*. Rel.: Min. Laurita Vaz. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202204009505. Acesso em: 09 set. 2023.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 6.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 117.076 AgR*. Rel.: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754405324>. Acesso em: 09 set. 2023.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 178.777*. Rel.: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754653282>. Acesso em: 09 set. 2023.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 185.068*. Rel.: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754409757>. Acesso em: 09 set. 2023.

postulado da liberdade de íntima convicção dos jurados e da plenitude de defesa. Defende-se ainda que nesses casos o Ministério Público seria, inclusive, impedido de apelar, cabendo apenas à defesa a opção de apelar de tais decisões.

Em sentido contrário, há também decisões recentes do STF em sentido semelhante às proferidas pelo STJ. Um exemplo disso é o AgR HC n. 199.098⁵² julgado em 13/06/2022, no âmbito da 1ª Turma, em que se reconheceu a constitucionalidade de apelação da acusação quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Outra decisão do STF no mesmo sentido foi no Agravo Regimental no HC n. 172.636-SP⁵³ julgado em 15/06/2020, de relatoria do Exmo. Ministro Luiz Fux.

Após essa análise, é possível observar que há decisões conflitantes tanto entre as turmas do próprio STF, como também entre as decisões do STF com as do STJ. Ocorre que o embate enfrentado por essas decisões é, justamente, o conflito entre o princípio da soberania dos veredictos e os princípios do direito à vida e do duplo grau de jurisdição, todos com previsão na Constituição Federal. Diante disso, questiona-se se de fato há algum princípio capaz de se sobrepor ao outro de forma absoluta, o que induz no afastamento da possibilidade de apelar nesses casos, e, se este princípio, é o da soberania dos veredictos.

Desde logo, é importante destacar que não há princípios absolutos e que a ponderação deve ser utilizada quando há o embate entre princípios previstos na Carta Magna. Neste ponto, ao adotar o posicionamento da inaplicabilidade do art. 593, III, d, do CPP⁵⁴ nos casos em que a decisão é totalmente contrária as provas, ainda que com base na clemência, confere-se à decisão dos jurados um caráter absoluto, já que a decisão não poderia mais ser revista. Além disso, haveria uma prevalência do princípio da soberania dos veredictos sobre o princípio do direito à vida, o qual é violado no momento em que o acusado retira a vida de outro ser humano e, mesmo nos casos em que há provas nos autos, é absolvido pelos jurados com base no quesito genérico da clemência.

Neste mesmo sentido, o Promotor de Justiça do Ministério Público Estado do Rio de Janeiro, Diogo Erthal Alves da Costa, afirma que o quesito genérico da clemência, previsto no art. 483, §2º, do CPP⁵⁵ não pode ser utilizado de forma desarrazoada. Confira-se:

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR HC 199.098*. Rel.: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761323104>. Acesso em: 09 set. 2023.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRG no HC n. 172.636-SP*. Rel.: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753241658>. Acesso em 09 set. 2023.

⁵⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

⁵⁵ *Ibid.*



[...] Se a clemência for admitida como manifestação de poder absoluto, tais limitações não existiriam. Como o voto é secreto e decorrente de íntima convicção, não há exposição das razões e, principalmente, não há qualquer exigência de harmonia com as provas produzidas, tornando o ato insindicável. Note-se que o mesmo não ocorre com a decisão de condenação, pois não obstante a exposição do jurado às mesmas interferências quanto ao seu convencimento, o decreto condenatório não deriva de poder ilimitado, devendo encontrar lastro nas provas produzidas, sob pena de nulidade, nos termos do disposto no artigo 593, inciso III, d, do Código de Processo Penal [...] ⁵⁶.

Ademais, é preciso que os jurados, ao julgarem o crime contra a vida, tenham uma certa coerência entre a defesa apresentada e as provas suscitadas durante o plenário no Tribunal do Júri. Justamente, pela possível falta de coerência é que se deve permitir a interposição da apelação pelo Ministério Público nos casos em que a decisão proferida pelo Conselho de Sentença é totalmente contrária às provas dos autos. Ressalta-se que, ao apelar, o Tribunal *ad quem* verifica apenas se a decisão destoa ou não das provas, ou seja, não faz uma análise de mérito da decisão. Após essa análise, o aquele anula a decisão e determina um novo julgamento, composto por novos jurados, o que não viola o princípio da soberania dos veredictos.

Sendo assim, ao analisar a (in)aplicabilidade da apelação no caso em análise, é preciso observar que o STJ e o STF possuem posições distintas e conflitantes. Isso porque, enquanto aquele entende pela possibilidade de apelar da decisão absolutória, este, o STF, defende pela sua impossibilidade, já que feriria o princípio da soberania dos veredictos. Há, portanto, um embate entre os Tribunais Superiores sobre a força deste princípio e da clemência dos jurados diante da possibilidade da interposição do recurso de apelação pelo Ministério Público nesses casos.

CONCLUSÃO

O quesito genérico da clemência, no qual os jurados respondem à seguinte pergunta: “O jurado absolve o acusado?” (art. 483, §2, do CPP), é utilizado pelo Conselho de Sentença para absolver o acusado sem que haja qualquer motivo ou especificação. O Júri responde esse quesito ao final, ou seja, após todos os demais quesitos do art. 483, do CCP sobre a materialidade, a autoria, a participação, a absolvição e a existência de causas de diminuição. Ocorre que há hipóteses em que os jurados têm absolvido o acusado com base no quesito genérico mesmo nos casos em que as provas dos autos são contrárias a essa absolvição.

⁵⁶ COSTA, Diogo Erthal Alves da. *A Clemência no Tribunal do Júri no Brasil*. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1287128/Diogo_Erthal_Alves_da_Costa.pdf. Acesso em: 09 set. 2023.



Com isso, o Ministério Público passou a apelar dessas decisões com fundamento no art. 583, III, d, do CPP, sob o argumento de que as provas são contrárias à decisão de absolvição, sendo necessário a anulação do julgamento e um novo julgamento por um novo Júri. Conseqüentemente, no âmbito da doutrina e dos Tribunais Superiores, surgiu uma controvérsia sobre se essa interposição pelo Ministério Público, em que se requer um novo julgamento, fere o princípio da soberania dos veredictos ou se assegura o princípio da inviolabilidade do direito à vida.

No que tange à doutrina, verificou-se que há doutrinadores, como Renato Brasileiro e Guilherme Nucci, que defendem a interposição do recurso, pois afirmam que o Tribunal *ad quem* não adentra no mérito da decisão, mas apenas confere se a decisão absolutória, baseada na clemência dos jurados, está em desconformidade com as provas dos autos, o que não viola o princípio da soberania dos veredictos, já que a anulação da sentença implica em um novo julgamento por um novo Júri. Em contrapartida, há uma posição minoritária que defende pela inconstitucionalidade da interposição do recurso de apelação, pois, se fosse aceita, haveria uma violação ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Em relação ao entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, a divergência permanece. Isso porque enquanto o STJ, em uma posição pacífica, defende pela possibilidade da interposição do recurso da apelação sem que haja uma violação ao princípio da soberania e ao direito à vida, o STF, em uma posição majoritária, defende pela sua impossibilidade, sob o fundamento de que haveria uma violação ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Sendo assim, observa-se que a controvérsia suscitada está longe de ser solucionada, pois tanto a doutrina, como a própria jurisprudência divergem sobre o tema. Ocorre que, conforme apontado pelos doutrinadores acima mencionados e pela 3ª Seção do STJ, a impossibilidade da interposição do recurso de apelação pelo Ministério Público daria à decisão do Júri uma natureza absoluta e definitiva. Fazer com que a decisão dos jurados não possa ser modificada significaria justamente conferir uma garantia absoluta ao acusado, além de tornar imutável a decisão dos jurados. Portanto, propõe-se que o princípio constitucional da soberania dos veredictos seja ponderado com os demais princípios constitucionais como o próprio direito à vida, conforme abordado no capítulo 2.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 03 abr. 2023.

_____. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 abr. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Ag RG no HC 792.486-RJ*. Rel.: Min. Laurita Vaz. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202204009505. Acesso em: 09 set.2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 313.251-RJ*. Rel.: Min. Joel Ilan Paciornik. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403455867&dt_publicacao=27/03/2018. Acesso em: 09 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 560.668-SP*. Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000302711&dt_publicacao=24/08/2020. Acesso em: 09 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgR HC 199.098*. Rel.: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761323104>. Acesso em: 09 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgRG no HC n. 172.636-SP*. Rel.: Min. Luiz Fux. Disponível em:

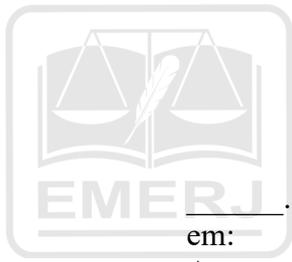
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753241658>. Acesso em 09 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 178.777*. Rel.: Min. Marco Aurélio. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754653282>. Acesso em: 09 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 185.068*. Rel.: Min. Celso de Mello. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754409757>. Acesso em: 09 set. 2023.



_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC 117.076 AgR*. Rel.: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754405324>. Acesso em: 09 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 713*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2580>. Acesso em: 06 abr. 2023.

COSTA, Diogo Erthal Alves da. *A Clemência no Tribunal do Júri no Brasil*. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1287128/Diogo_Erthal_Alves_da_Costa.pdf. Acesso em 09 set. 2023.

FILIPPETTO, Rogério. A vinculação do poder de clemência no Tribunal do Júri. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-31/opiniaao-vinculacao-poder-clemencia-tribunal-juri>. Acesso em: 08 ago. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2022. [E-book].

MEDIDAS EXECUTIVAS COERCITIVAS ATÍPICAS EFETIVAS NAS OBRIGAÇÕES POR QUANTIA CERTA E A PONDERAÇÃO RESTRITIVA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Matheus Assumpção Cruz Lobato

Graduado pela Universidade
Candido Mendes - Niterói.
Advogado.

Resumo – O artigo em questão analisa a aplicação das medidas executivas coercitivas atípicas dispostas pelo Código de Processo Civil de 2015, sobretudo com o advento de seu art. 139, IV. Nesse sentido, discorre acerca da problemática prática enfrentada pelo Judiciário pátrio na ponderação entre limites impostos por princípios constitucionais e infraconstitucionais ínsitos à fase executiva, face ao dever de eficiência na entrega jurisdicional satisfativa ao direito creditício, entretanto, sem provocar arbitrariedades. Deste modo, para uma aplicação adequada de tais medidas coercitivas, analisa-se as balizas objetivas estipuladas à luz da doutrina especializada e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Fase Executiva. Coercitividade. Meios Atípicos.

Sumário - Introdução. 1. Análise dos mecanismos judiciais satisfativos contrapostos ao princípio da patrimonialidade da execução. 2. O confronto entre a (im)possibilidade da aplicação de medidas executivas coercitivas atípicas e a ponderação face aos princípios da adequação, efetividade e da proporcionalidade. 3. Exame de precedentes jurisprudenciais e as limitações à coercitividade na aplicação irrestrita das medidas executivas satisfativas atípicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo científico ora apresentado aborda, acerca da efetividade na adoção de medidas executivas coercitivas atípicas em obrigações por quantia certa e a ponderação na aplicação dessas medidas em observância a direitos fundamentais do executado.

Desse modo, em termos gerais, visa-se discutir a possibilidade de limitação do poder conferido ao juiz no uso das medidas coercitivas atípicas à luz da interpretação do art. 139, IV, CPC, de posições doutrinárias e do entendimento dos Tribunais Superiores, e se possível, qual o marco limitador sem aplicar descomedidamente os mecanismos executivos em decisões judiciais, de modo a não transgressão dos princípios como o da patrimonialidade da execução, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da efetividade.

Percorrendo este ideal, pela previsão do princípio da inafastabilidade da jurisdição na Constituição da República de 1988, que desencadeia grande demanda judicial, dentre elas, as execuções, em 2015 com o advento do Código de Processo Civil, ineditamente foi positivado como novo mecanismo através do artigo 139, inciso IV, a possibilidade do magistrado se valer



do uso de medidas executivas atípicas para gerar coercitividade de modo mais adequado ao caso fático, buscando a maior efetividade possível às decisões judiciais.

Assim, surgem os seguintes questionamentos que nos trazem as reflexões: Até que ponto é possível a determinação judicial na adoção de medidas atípicas, sobretudo nas obrigações pecuniárias? Quais as balizas limitadoras dos mecanismos satisfativos, em virtude do princípio da patrimonialidade? É possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, que ao Poder Judiciário se mostra cabível a imposição de medidas coercitivas atípicas o uso indiscriminado em prol da efetividade das decisões judiciais? Quão longe é aplicabilidade dessas medidas sob o prisma da coexistência de princípios constitucionais (como a dignidade da pessoa humana e proporcionalidade) e legais aparentemente colidentes? Seria possível que o juiz empregasse sua criatividade para coagir o devedor a cumprir suas obrigações, como, por exemplo, determinar a apreensão da carteira nacional de habilitação, de passaporte, de impedir o uso de cartões de crédito, ou também de vedação de inscrição em concurso público?

Visando aclarar o tema, brevemente analisa-se acerca dos mecanismos judiciais executivos satisfativos atípicos, analisando os poderes do magistrado, bem como contrapor esses mecanismos com princípios aparentemente conflitantes a estes.

Deste modo, no primeiro capítulo da pesquisa, analisa-se abstratamente os poderes do magistrado, a utilização desses poderes através dos mecanismos executivos satisfativos e seus eventuais limites, sob a ótica dos princípios da patrimonialidade assim como pelo princípio da atipicidade dos meios executivos.

No segundo capítulo, prossegue-se ponderando, todavia, no que dispõe entre a aplicabilidade das medidas executivas coercitivas atípicas com os princípios constitucionais da efetividade, da proporcionalidade a elas inerentes, e da dignidade da pessoa humana, assegurados ao executado.

Por fim, no terceiro capítulo, é examinado a constitucionalidade, aplicabilidade e efeitos das medidas coercitivas atípicas, além de defender a possibilidade de restrição do poder de coerção do magistrado, mas, simultaneamente, a necessidade de se resguardar a aplicação suficiente de tal poder para a coerção dos devedores evasores de patrimônio, ainda, apresentando, julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, consoante à temática.

O presente artigo científico é desenvolvido pelo método descritivo-explicativo, com abordagem qualitativa, uma vez que há a análise de institutos jurídicos e seus aspectos relevantes, através da revisão bibliográfica pertinente à temática em foco (legislação, doutrina e jurisprudência), com o fito de argumentativamente comprová-los ou rejeitá-los.

1. ANÁLISE DOS MECANISMOS JUDICIAIS SATISFATIVOS CONTRAPOSTOS AO PRINCÍPIO DA PATRIMONIALIDADE DA EXECUÇÃO.

Inicialmente, cabe dizer que no ordenamento jurídico pátrio, o processo de execução civil está positivado pelo Código de Processo Civil - Lei n. 13.105/15¹ – e na legislação especial, como na Lei de Execução Fiscal - Lei 6.830/80². A execução em geral, segundo Alexandre de Freitas Câmara:

Execução é a atividade processual de transformação da realidade prática. Trata-se de uma atividade de natureza jurisdicional, destinada a fazer com que aquilo que deve ser, seja. (...) a atividade processual destinada a transformar em realidade prática aquele direito, satisfazendo seu titular, chama-se execução. É, pois, uma atividade destinada a fazer com que se produza, na prática, o mesmo resultado prático, ou um equivalente seu, do que se produziria se o direito tivesse sido voluntariamente realizado pelo sujeito passivo da relação jurídica obrigacional³.

No Brasil, de acordo com a origem do título que motiva a execução, há procedimentos diferentes a serem adotados como o de cumprimento de sentença ou de execução autônoma, sendo o primeiro, em regra, sincrético e o segundo autônomo⁴. Os títulos executivos extrajudiciais que ensejam o processo executivo autônomo encontram-se dispostos nos incisos do artigo 784 do Código de Processo Civil⁵, e, no campo processual civil, conforme explicitamente utilizado pelos artigos 778 e 788, é sempre forçada⁶.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, pela inclusão de novos incisos tangentes a matéria nota-se consideráveis alterações estruturais, que, por parte do legislador fomentou e priorizou a necessidade de garantir uma maior atuação colaborativa entre as partes processuais e o juiz, descentralizando e caracterizando o juiz como agente colaborador, em prol da entrega de maior efetividade na tutela jurisdicional.

Consoante a isso, verifica-se no enunciado do artigo inaugural do Código de Processo Civil de 2015⁷, que as nuances apresentadas referem-se à atuação das partes e do juiz como elementos de um processo coparticipativo e colaborativo, que demonstra o desejo de

¹BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

² BRASIL. *Lei n. 6.830, de 22 de Setembro de 1980*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2022, [e-book]. Acesso em: 04 abr. de 2023.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1053.

⁵ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

⁶ CÂMARA, *op. cit.*

⁷ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

conformidade do legislador no alinhamento da lei processual civil ao modelo constitucional do processo⁸.

No ordenamento jurídico pátrio, a tipicidade das medidas executivas como os atos de penhora e expropriação podem ser expressamente notados no texto legal, contudo, por outro lado, o mesmo não ocorre com as medidas atípicas. As medidas atípicas já se faziam presentes no CPC/73 no artigo 461, §5º⁹, que concediam ao magistrado certa “cláusula geral de atipicidade” para obrigações não pecuniárias, para satisfação do crédito e efetividade da execução, de modo que, a partir da previsão do artigo 139, IV do CPC/15¹⁰ as hipóteses de cabimento apenas se expandiram, incluindo o cabimento à hipóteses de obrigações pecuniárias.

No tocante ao Estado democrático de direito, numa relação jurídica de natureza conflituosa, em toda e qualquer apreciação os princípios constitucionais devem ser observados. Nesse sentido, diversos são princípios regentes na aplicação do direito, quer sejam eles, de cunho geral ou de cunho específico. Contudo, simultaneamente, é necessário observar, também, os princípios específicos aplicáveis ao conflito fático. Segundo Miguel Reale:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários¹¹.

Destarte, os princípios são utilizados como forma de diretriz ao aplicador da norma jurídica, servindo também como eixo à interpretação dos fatos narrados pelas partes, afim de, sob o prisma normativo, desvendar a lide existente.

Tal como os demais ramos e procedimentos do Direito, o processo de execução civil é orientado por normas principiológicas que dão maior regularidade e efetividade no julgamento. Há diversos princípios incidentes na relação processual executiva, porém, alguns possuem maior destaque, são eles: a lealdade e boa-fé processual, utilidade, desfecho único, disponibilidade da execução, menor onerosidade do executado, contraditório, atipicidade dos meios executivos e patrimonialidade.

⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022[e-book]. Acesso em: 04 abr. de 2023.

⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023

¹⁰ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

¹¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.60.



Dentre estes, salienta-se que a lealdade e boa-fé processual devem imperar em toda relação jurídica processual independentemente se em fase cognitiva ou executiva, além de consistir num dever recíproco, na qual obriga aos litigantes a atuarem transparentemente e cooperativamente. Nesse sentido, o Desembargador Alexandre Freitas Câmara afirma que na execução se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive e especialmente do executado, que atuem de forma cooperativa e de boa-fé¹².

Nesse deslinde, porém, é importante dizer que caso o exequente viole o princípio da lealdade e boa-fé processual lhe será aplicado o regramento genérico disposto nos artigos 77, 80 e 81 do CPC/15¹³, mas, se porventura o descumprimento for pelo executado, por ter legislação específica aplicável a este, caberá o previsto no artigo 774, parágrafo único do CPC/15¹⁴ em que considerar-se-á como ato atentatório à dignidade da justiça, que prevê a imposição de multa em benefício do exequente.

No que concerne aos poderes conferidos ao juiz, mister é citar como exemplo o teor do artigo 139, do Código de Processo Civil de 2015¹⁵, que regula os poderes e deveres conferidos ao juiz, ao dispor ser necessário assegurar igualdade de tratamento entre as partes, observar a duração razoável do processo, a dignidade da justiça, indeferir postulações protelatórias, adotar medidas necessárias ao cumprimento de determinações judiciais, promover a autocomposição, dilatar prazos ou alterar a ordem de produção de provas para adequar às necessidades específicas ao caso concreto, entre outras disposições.

Dentre esses, destaca-se o inciso IV do artigo 139, que estabelece que o magistrado poderá “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

São medidas indutivas as que oferecem alguma obtenção de vantagem para alcançar o cumprimento de determinada obrigação. Já as medidas coercitivas, caracterizam-se pela coação para obtenção do resultado às medidas mandamentais, mesmo que também visem o adimplemento de uma obrigação. No que tange as medidas mandamentais, consistem nas quais o seu descumprimento ocasiona sanções do crime de desobediência. Por fim, as medidas sub-rogatórias são as praticadas pelo magistrado ou por seus auxiliares, objetivando a obtenção de resultado semelhantes ao que se espera para satisfação da tutela lograda.

¹² CÂMARA, *op. cit.*, p.335.

¹³ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

Cabe dizer que em razão do princípio da patrimonialidade, somente o patrimônio do executado responderá perante o exequente, e não o seu corpo físico, através de castigo corporal, como na antiguidade, em Roma, por meio da Lei das Doze Tábuas. Assim, repele-se da execução o caráter pessoal, fazendo-se apenas real¹⁶. O artigo 789 do CPC/15¹⁷, dispõe a responsabilidade do executado tanto com seus bens presentes bem como os futuros.

Nesse sentido, entende-se como bens presentes, aqueles que já inseridos no patrimônio do devedor ao tempo do início da execução, e por bens futuros, aqueles bens adquiridos durante o curso da execução¹⁸.

Porém, este princípio é amenizado pelos denominados bens impenhoráveis, que são os bens que garantem o mínimo existencial ao executado, de forma que a execução não poderá os atingir, sob respaldo da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da CRFB/88¹⁹. Acerca disso, há o bem de família legal, disposto pela Lei nº 8.009/90²⁰, os bens de família voluntários, previstos no artigo 1.711 do Código Civil de 2002²¹, bem como os bens elencados no artigo 833 do CPC/15²².

Em relação ao princípio da atipicidade dos meios executivos, é correto afirmar que consiste na possibilidade do magistrado aplicar medidas coercitivas não tipificadas em lei. Estas, objetivam satisfazer o crédito, através de, dentre elas, na legislação processual, a busca e apreensão, astreintes, imissão na posse, remoção de pessoas ou coisas, e outras mais. O citado princípio se encontra baseado no artigo 536, §1º do CPC/15²³, no qual aduz sobre a viabilidade na adoção de outras medidas diversas das elencadas, sendo o rol exemplificativo²⁴.

Entretanto, tal princípio não se restringe apenas a obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa, já que o artigo 139, inciso IV do CPC/15²⁵, possibilita ao magistrado aplicar medidas executivas coercitivas atípicas também em obrigações de pagar quantia certa²⁶. Em vista disso, o princípio da atipicidade das medidas executivas propicia ao magistrado, sob à

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op.cit.* p. 877; NEVES, *op. cit.*, p. 1063/1064.

¹⁷ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

¹⁸ BUENO, *op. cit.*, p. 877; CÂMARA, *op. cit.*, p. 295.

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

²⁰ BRASIL. *Lei n. 8.009*, de 29 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

²¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

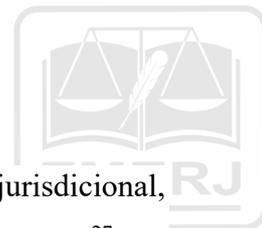
²² BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

²³ *Ibid.*

²⁴ NEVES, *op. cit.*, p. 1074; CÂMARA, *op. cit.*, p. 320.

²⁵ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

²⁶ BUENO, *op.cit.*, p. 114; NEVES, *op. cit.*, p. 1074/1075.



ótica da situação fática, a adotar posturas que garantam efetividade à tutela jurisdicional, devendo, contudo, sempre assegurar a razoabilidade, proporcionalidade e imparcialidade²⁷.

2. O CONFRONTO ENTRE A (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS COERCITIVAS ATÍPICAS E A PONDERAÇÃO FACE AOS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO, EFETIVIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

Ao passo que a execução necessariamente atua de maneira incívica e coerciva so patrimônio do executado, é fácil denotar que quase sempre poderá atingir um ou alguns dos direitos fundamentais. Deste modo, se faz necessário o balanceamento dos princípios em colisão realizados faticamente pelo juiz, como técnica para aquilatar o direito predominante. Quando muito, o legislador avalia que o juiz defina, caso a caso, o meio adequado para a concretização do direito.

Sobre isso, Robert Alexy sustenta que “se os direitos fundamentais têm, em sua maioria, a natureza de princípios, e se os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídica e fáticas”²⁸, ou se gozam de uma dimensão de peso ou importância²⁹, a técnica da ponderação é o percurso que o juiz da execução deverá avaliar visando construir a regra de acordo com o caso concreto.

No que toca ao processo executivo, pela dimensão do acervo jurídico pátrio em um cenário que o magistrado é incumbido a entregar efetiva tutela jurisdicional pois é direito fundamental constitucionalmente garantido aos cidadãos, constata-se a importância e simultaneamente a dificuldade que é a efetivação das disposições legais do direito buscando satisfação dos direitos creditícios em execução às situações fáticas.

Contudo, a problemática, é que na aplicação de medida(s) coercitiva atípica existe uma dificuldade em conferir se de fato há maior efetividade, atingindo assim o objetivo principal da medida, sem violar à dignidade humana e que esta lhe tenha sido imposta de modo proporcional.

Todavia, se porventura a legislação fosse omissa em tipificar tais técnicas indispensáveis, possibilitaria uma inconstitucionalidade por omissão, como também, há quem entenda que conferiria ao juiz uma espécie de “carta branca” para agir com poderes ilimitados³⁰.

²⁷ BUENO, *op. cit.*, p. 744; NEVES, *op. cit.*, p. 1075/1076.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 117.

²⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 42.

³⁰ Cabe mencionar, contudo, que parte da doutrina defende que o art. 139, IV do CPC, se interpretado como uma “carta branca” para o juiz, no sentido de lhe conferir poderes ilimitados, seria inconstitucional e teria o viés de

Nesse aspecto, o Código de Processo Civil visando atribuir maior grau de efetividade à execução passou a dispor sobre as medidas coercitivas atípicas.

Assim sendo, se faz necessário a atuação, com limites, do magistrado. O poder geral de cautela, inerente à função jurisdicional, não pode ser empregado de modo indiscriminado. De acordo com o processualista Thiago Rodovalho³¹ “a regra do nosso sistema continua a ser o da tipicidade dos meios executivos, só que agora temperado pelo sistema atípico”.

No que tange ao ponto, é relevante considerar o entendimento de juristas, como se extrai do enunciado n. 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)³² que enumeram-se alguns parâmetros sobre a atividade executiva atípica. Deste enunciado, pode-se aludir que as medidas atípicas devem ser subsidiárias, já que deve-se priorizar primeiramente a aplicação legal expressa disposta pelo legislador, em detrimento da não expressa.

À vista disso, aduz Marcos Minami³³ que a “[...] especialidade dos procedimentos tipificados autoriza sua aplicação em primeiro plano. A especialidade é o critério para essa delimitação [...]”. Já para Thiago Rodovalho³⁴, “(...) os meios atípicos não são *prima ratio* e, sim, a *ultima ratio*, é dizer, esgotados e frustrados os meios executivos típicos e ordinários, pode-se, em tese, valer-se do sistema atípico”.

Em hipóteses de execução por quantia certa, as medidas coercitivas e indutivas não devem ser de plano aplicadas mas só após a frustração das medidas ordinárias e num segundo momento, por dedução lógica, se pela pressão da medida houver possibilidade de adimplimento por parte do executado. Sobre isso, Thiago Rodovalho³⁵ aduz que “Significa que, frustrados os

violar direitos individuais dos executados, tais como os insculpidos nos arts. 1º, IV, 5º, XV e LIV, 37, I, 173, §3º, III e 175 da CRFB/88. É como se posicionam Lenio Streck e Dierle Nunes, ao sustentarem que tal cláusula geral pode levar a decisões utilitaristas e superficiais no que tange aos comandos constitucionais (NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz. Como interpretar o art. 139, IV do CPC? Carta branca para o árbitro? Conjur. Publicado em: 25 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 13 ago. 2023.

³¹ RODOVALHO, Thiago. *O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos: Uma reflexão sobre a decisão que determinou a apreensão de passaporte e o cancelamento de cartões*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>>. Acesso em: 13 ago. 2023.

³² (arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wpcontent/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2023

³³ MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019, p.211.

³⁴ RODOVALHO, op. cit., nota 29.

³⁵ *Ibid.*

meios típicos, o juiz se valerá dos atípicos se forem potencialmente hábeis a estimular ou forçar o cumprimento, pressupondo sua possibilidade, quando então poderão ser eficazes”.

Assim, nas obrigações para pagamento por quantia certa, a imposição do poder geral de efetivação para forçar o cumprimento seria inoportuno e ocasionaria opressão desnecessária quando o executado demonstrar impossibilidade financeira.

Contudo, superadas as aludidas premissas e aliada à interpretação constitucional, vislumbra-se a necessidade de observar ao conjunto de postulados e princípios, que representam balizas ao magistrado no momento da aplicação das supracitadas medidas, norteando-se pela escolha da mais adequada. Dentre elas, a adequação, proporcionalidade e efetividade, que, caso não observados manifestam clara arbitrariedade na decisão judicial.

Os princípios e postulados atribuem ao julgador a necessidade de obediência à critérios definidores que numa situação fática embasam a escolha da medida atípica mais adequada. Acerca disso, o juiz deve abstratamente ponderá-las sob a perspectiva do credor entre a medida executiva e o resultado dela a ser gerado, elegendo a mais capacitada para o resultado satisfativo. O doutrinador Humberto Ávila, citado por Fredie Didier, é imperativo:

Segundo Humberto Ávila, o postulado da proporcionalidade se manifesta nas "situações em que há relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental (is) afetado(s)) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)”³⁶.

Em contrapartida, desta vez sob a perspectiva do devedor, a adequação deve ser acompanhada pela necessidade da medida que serve como limitação ao critério da adequação. Deste modo, a tutela satisfativa do credor não deve ser buscada “a qualquer preço”, em respeito ao princípio da menor onerosidade do executado. Sobre isso, Bonavides continua:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando, com seu auxílio, se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental³⁷.

³⁶ DIDIER JR. Fredie, et al apud AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 205.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p. 372.

Além disso, é imprescindível a valência do princípio da proporcionalidade na aplicação de medidas atípicas, já que “[...] tais medidas, em especial quando de natureza coercitiva, podem restringir direitos do devedor e incidir diretamente sobre sua pessoa”³⁸. Assim sendo, por mais que o princípio da efetividade seja um direito do credor, este [...] deve ser compatibilizado com direitos fundamentais do executado para que a sua dignidade humana seja preservada”³⁹. Nesse viés, Daniel Amorim Assumpção Neves assevera:

(...) ponderar no caso concreto as vantagens práticas da adoção de cada medida executiva atípica, em especial as de natureza coercitiva, e as desvantagens de sua adoção, levando em conta a possibilidade de a medida criar uma limitação excessiva ao exercício de direito fundamental do executado⁴⁰.

Por sua vez, o princípio da eficiência que tem previsão constitucional no art. 37 da CF/88⁴¹ e infraconstitucional no art. 8º do CPC/15⁴², é direcionado ao juízo de direito e preleciona que este atue na condução processual através de escolhas eficientes e adequadas para a devida satisfação da tutela jurisdicional.

A medida mais adequada para a tutela satisfativa deve ser o resultado do ponto de equilíbrio entre a eficiência da medida atípica e o menor sacrifício possível ao executado.

À luz da Constituição e dos dispositivos normativos supramencionados, são tidos por cláusulas gerais passíveis de variadas interpretações, sendo imprescindível que o magistrado no momento de aplicação das medidas, suficientemente fundamentado, conforme o artigo 93, IX da CF/88⁴³. Por tal motivo, “o juiz, na fundamentação decisória, deve expor racionalmente, demonstrando, com atenção ao art. 489, § 1º, CPC/15, que a sua opção atende os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito [...]”⁴⁴.

Logo, conclui-se que na aplicação de cada uma das medidas atípicas, é essencial a fundamentação ponderativa de modo à averiguação racional de cada medida em consonância com os critérios balizadores da dignidade da pessoa humana, adequação, proporcionalidade, razoabilidade e eficiência.

³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa*: art. 139, IV, do novo CPC. Revista de Processo, v. 42, n. 265, mar. 2017, p. 14.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ BRASIL. *op. cit.*, nota 19.

⁴² BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

⁴³ BRASIL. *op. cit.*, nota 19.

⁴⁴ DIDIER JR, *op.cit.*, p. 117.

_____. *Juiz pode aplicar medidas alternativas para assegurar cumprimento de ordem judicial*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=502102>>. Acesso em: 06 mar. 2023.

_____. *Medidas executivas atípicas e o entendimento do STJ*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-superiores/318956/medidas-executivas-atipicas-e-o-entendimento-do-stj>>. Acesso em: 06 mar. 2023.

_____. *O recente julgamento da ADI 5.941 no STF quanto à aplicação do artigo 139, IV, do CPC/15*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/382256/o-recente-julgamento-da-adi-5941-no-stf>>. Acesso em: 06 mar. 2023.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <<https://institudoc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2023.

GRECO, Leonardo. *Coações indiretas na execução pecuniária*. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.-geral); MINAMI, Marcos Youji (coord.) e TALAMINI, Eduardo (coord.). *Medidas Executivas Atípicas*. Salvador: Juspodium, 2018. (Grandes Temas do Novo CPC, 11)

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 26.

MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodium, 2019, p.211.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes Judiciais: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 75.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC*. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.-geral); MINAMI, Marcos Youji (coord.) e TALAMINI, Eduardo (coord.). *Medidas Executivas Atípicas*. Salvador: Juspodium, 2018.

_____. Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. *Revista de Processo*, v. 42, n. 265, mar. 2017, p. 14.

RODOVALHO, Thiago. *O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos: Uma reflexão sobre a decisão que determinou a apreensão de passaporte e o cancelamento de cartões*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>>, Acesso em: 10 jun. 2023.

3. EXAME DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS E AS LIMITAÇÕES À COERCITIVIDADE NA APLICAÇÃO IRRESTRITA DAS MEDIDAS EXECUTIVAS SATISFATIVAS ATÍPICAS.

Como já mencionado, embora a legislação processual civil não tenha expressamente criado limites à atuação do órgão julgador na aplicação das medidas atípicas, é certo que o artigo 139, IV do Código de Processo Civil de 2015⁴⁵ não deve ser visto como “carta branca” ou permissão irrestrita para arbitrariedades. Neste sentido, a presente pesquisa se desenvolve a fim de parametrizar as balizas fundamentais à aplicação destas medidas.

Acerca dos limites e extensão⁴⁶ do poder geral de execução (art. 139, IV)⁴⁷ que fundamentam as medidas atípicas, existem divergências que ressoam tanto no campo teórico como na prática judiciária. Deste modo, a fim de atribuir maior utilidade aos comandos normativos dispostos pelas cláusulas gerais executivas, o Código de Processo Civil de 2015⁴⁸ constituiu o sistema de precedentes vinculativos como elemento estruturante do próprio ordenamento processual interno⁴⁹.

Por isso, as Cortes de Precedentes⁵⁰, ou seja, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, vem delineando através dos precedentes judiciais⁵¹, utilizando como principal parâmetro axiológico o contorno metodológico que dá maior concretude ao princípio da efetividade dos provimentos jurisdicionais na execução, fixando vetores interpretativos consistentes.

Consoante à isso, através do aprofundamento destes parâmetros e por meio da alusão coerente de decisões paradigmáticas, formando o que Dworkin⁵² chama de “romance em

⁴⁵ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

⁴⁶ Para Scarpinella Bueno o poder geral de execução disposto no art. 139, IV, do CPC, autoriza o juiz a reduzir o prazo para o cumprimento voluntário da obrigação de pagar (art. 523) como também poderá aumentar o percentual da multa coercitiva fixada no §1º do referido dispositivo. BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 480.

⁴⁷ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ DIDIER JR, F.; CUNHA, L. C.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. *Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, do CPC*. Revista de Processo. São Paulo, SP, v. 267. mai. 2017. p. 230.

⁵⁰ O termo é amplamente usado por Luiz Guilherme Marinoni. Para o autor, as cortes superiores são, por definição, órgãos com atribuição de editar precedentes obrigatórios. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017, p. 26. No mesmo sentido também, MITIDIERO, Daniel. *Precedentes judiciais: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 75.

⁵¹ Há dissonância doutrinária acerca da adequação etimológica do termo precedente judicial no contexto do Código de Processo Civil de 2015. Para alguns autores, o código trata de um conjunto de “provimentos jurisdicionais vinculantes”.

⁵² Para este autor o precedente judicial deve observar a história institucional do Tribunal, sem desleixar-se da análise das decisões anteriores no mesmo contexto. DWORKIN. *Op. cit.*, p. 136.

cadeia”, que se viabiliza construir um conjunto sistematizado e duradouro de precedentes judiciais, colhendo-se, pois, o ápice do poder geral de execução. Além do mais, conforme o princípio da primazia do mérito e cumprimento integral da tutela satisfativa (art. 4º do CPC/15)⁵³, essa é a finalidade primordial.

Destarte, há precedentes judiciais emblemáticos acerca tanto das medidas executivas típicas quanto das atípicas, que amparam, de bom modo, como panorama hermenêutico.

Acerca disso, em sede jurisprudencial, cabe dizer que o Superior Tribunal de Justiça através no julgamento do Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.582.475-MG⁵⁴, julgado em 19/08/2018, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, permitiu-se a viabilidade de penhora em percentual salarial a fim de satisfação creditícia mesmo em hipóteses de natureza não alimentar. Neste ínterim, no julgamento do Recurso Especial nº 1.733.697-RS⁵⁵, sob relatoria da Ministra Nancy Andrigui, é expressivo ao delinear também a possibilidade de conjugar medidas atípicas distintas a fim da satisfação da dívida alimentar.

No caso, permitiu-se o desconto percentual em folha salarial do executado, apesar de que o desconto pela sua limitação demandaria alto tempo para satisfação da dívida levando em conta seu alto valor. Diante disto, o juízo executivo ordenou também a penhora de outros bens do executado, a fim de aumentar a efetividade da prestação jurisdicional e satisfação creditícia, conjugando-as baseado no artigo 139, IV do CPC/15⁵⁶.

O Superior Tribunal de Justiça, também, sobre as medidas atípicas, em síntese, aprofundou a compreensão através do Recurso em Habeas Corpus nº 97.876/SP⁵⁷, julgado em 05/06/2018, sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, que deliberou pertinentes diretrizes interpretativas acerca do alcance do artigo 139, IV do CPC/15⁵⁸ ao entender a subsidiariedade das medidas atípicas em relação às típicas quando esgotadas todas as tentativas de obter a satisfação do crédito. No mesmo viés, dispõe o Enunciado 12⁵⁹, bem como o Enunciado 396⁶⁰, ambos do FPPC.

⁵³ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.582.475-MG*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletro_nica/stj-revista-eletronica2018_252_1_capCorteEspecial.pdf. Acesso em: 13 ago. 2023.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.733.697-RS*. Relator: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221733697%22%29+ou+%28RESP+adj+%221733697%22%29.suce.>>. Acesso em: 13 ago. 2023.

⁵⁶ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n. 97.876/SP*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf. Acesso em: 13 ago. 2023.

⁵⁸ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

⁵⁹ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *op. cit.*, nota 32.

⁶⁰ *Ibid.*, Enunciado 396.

O julgamento analisou a legalidade da apreensão do passaporte e da Carteira nacional de Habilitação (CNH) como medida executiva atípica visando a efetividade, contraposto ao direito constitucional fundamental à locomoção.

Neste precedente, ainda, o relator, que acolheu em parte o recurso defensivo para determinar a devolução do passaporte e manutenção da retenção da CNH do executado, foram fixadas balizas que permitem ao juiz impor medidas atípicas com a condição de que i) seja observado o contraditório pleno; ii) se esgote os meios executivos típicos; iii) seja feita ponderação sobre a proporcionalidade, adequação e necessidade da medida; e ainda, quando, de acordo com o do AgInt no RHC 128.327/SP⁶¹, em 12/04/2021, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, o devedor, demonstrando possuir patrimônio apto a saldar o débito em cobrança, intente frustrar injustificadamente o processo executivo. Diante de obediência de tais diretrizes, não haveria violação de direitos constitucionais fundamentais.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus nº 453.870/PR⁶², fez distinguishing ao supracitado Recurso em Habeas Corpus nº 97.876/SP, no entendimento das medidas executivas coercitivas atípicas aflitivas pessoais serem impraticáveis à Fazenda Pública, visto que gozam de variados privilégios legais, por via própria.

Acerca da apreensão de passaportes, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus nº 742.879/RJ⁶³, de relatoria do Ministro Raul Araújo, julgado em 13/09/2022, considerou cabível como medida coercitiva atípica, em sede de processo de falência, quando constatados fortes indícios de ocultação de patrimônio.

Já para o Supremo Tribunal Federal, ponderando se a apreensão de passaporte e Carteira de Habilitação constitui violação aos direitos fundamentais, através da ADI 5.941/DF⁶⁴, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 09/02/2023, julgou improcedente e reconheceu a constitucionalidade, como os artigos 139, IV; 380, parágrafo único; 400, parágrafo único; 403,

odc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2023.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Recurso em Habeas Corpus n. 128.327/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em:< https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=123484362®istro_numero=202001342526&peticao_numero=202000474348&publicacao_data=20210415&formato=PDF>. Acesso em: 13 ago. 2023.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 453.870/PR*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em:<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20453870>>. Acesso em: 13 ago. 2023.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 742.879/RJ*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em:<<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%2742879%22%29+ou+%28HC+adj+%22742879%22%29.suce.>>>. Acesso em: 13 ago. 2023.

⁶⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.941/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em:<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%205941%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 13 ago. 2023.

parágrafo único; 536, caput e §1º e 773, todos do CPC/15⁶⁵, em prol dos poderes do juiz para assegurar o cumprimento de ordem judicial, em prol da efetividade e celeridade das decisões judiciais, alcançando inclusive ações que tenham por objeto prestações pecuniárias, desde que respeitado o devido processo legal, a proporcionalidade, a eficiência, e, notadamente, a sistemática positivada no próprio Código de Processo Civil de 2015.

Além disso, considerou como limite de amplitude semântica das cláusulas gerais, o dever de fundamentação, os direitos fundamentais, as demais normas do ordenamento jurídico e, em especial, o princípio da proporcionalidade. Deste modo, a Suprema Corte afastou o argumento de restrição irrazoável da liberdade do cidadão, por meio da aplicação das medidas de apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, proibição de participação em concurso público e proibição de participação em licitação pública, de modo que, as considerou imprestáveis a sustentar, só por si, a inconstitucionalidade desses meios executivos, porque a adequação, necessidade e proporcionalidade se esclarecerá à luz das particularidades e provas nos autos da situação fática.

Isto posto, tais parâmetros servem como clara e importante contribuição para o estabelecimento dos marcos teóricos sobre a aplicabilidade das medidas executivas atípicas no ordenamento jurídico processual civil em âmbito nacional.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa verificou acerca da problemática inerentes ao magistrado na aplicação de medidas executivas coercitivas atípicas defronte a lacuna de requisitos objetivos expressos no Código de Processo Civil de 2015. Tais medidas, demonstram-se uma forma alternativa de cumprimento voluntário da devida obrigação, operando como forte modo coercitivo-psicológico, entretanto, sem caráter sub-rogatório no cumprimento da obrigação.

Deste modo, quanto ao uso dos meios executivos coercitivos atípicos, há parcela doutrinária que defende a sua aplicação irrestrita argumentando que a Constituição da República de 1988 tutelou o direito executivo como garantia constitucional e tais medidas conferirem um instrumento coercitivo de obtenção do resultado satisfativo à determinação judicial, e não um fim em si mesmo. A crítica perpetrada à este posicionamento é a concessão de poder irrestrito, elevação do grau arbitrário e conseqüentemente alargamento de violações ao direitos constitucionais individuais.

⁶⁵ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

Em contrapartida, há juristas, à qual esta pesquisa se filia, que escudam a possibilidade de aplicação das medidas coercitivas atípicas na execução, sobretudo nas de obrigação por quantia certa, tendo em vista a necessidade de observância de diversos balizadores, em outras palavras, limitadores dispostos pela Constituição da República de 1988 e pela jurisprudência.

Nesse ínterim, a doutrina e jurisprudência pátria estipularam como parâmetros, a subsidiariedade das medidas atípicas em relação às típicas, a adequação, o contraditório, ainda que diferido, a proporcionalidade, a eficiência incidental, a patrimonialidade, a razoabilidade, a menor onerosidade do executado e também a não violação à dignidade da pessoa humana, de modo que, todos esses cumulativamente devem nortear a atuação do magistrado na aplicação das medidas de coerção atípicas.

Deste modo, sucede em evitar o total subjetivismo na aplicação da medida atípica pelo magistrado, gerando, ainda que por via reflexa, maior grau de previsibilidade ao executado do que poderá lhe ser imposto na hipótese de descumprimento voluntário e injustificado, apesar de que tais medidas não possuam caráter exclusivamente sancionatório ao executado.

Por tais razões, conclui-se que a presente pesquisa visou demonstrar a importância do poder geral de efetividade, já que é característico à função jurisdicional do magistrado, contudo, ponderando com a necessidade de observação dos requisitos suprarreferidos, instrumentos de grande valia, sendo úteis e efetivos nos procedimentos executivos do ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 mar. 2023.

_____. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI. n. 5941/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%205941%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 13 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.785.726/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo>>

/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencia=99910722®istro_numero=201801276127&peticao_numero=201900239823&publicacao_data=2019082&formato=PDF >. Acesso em: 06 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.733.697/RS*. Relator: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221733697%22%29+ou+%28RESP+adj+%221733697%22%29.suce.>>. Acesso em: 13 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.582.475-MG*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stjrevistaeletronica2018_252_1_capCorteEspecial.pdf. Acesso em: 13 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n. 97.876/SP*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf. Acesso em: 13 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 742.879/RJ*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22742879%22%29+ou+%28HC+adj+%22742879%22%29.suce.>>. Acesso em: 13 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 453.870/PR*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20453870>. Acesso em: 13 ago. 2023.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 117.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p. 372.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 480.

DIDIER JR, Fredie, et al apud AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 205.

_____, Fredie.; CUNHA, L. C.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139. IV, 297 e 536, §1º, do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, SP, v. 267. mai. 2017. p. 230.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 42 e p.136.



O DIREITO DE RETROCESSÃO NOS CASOS DE TREDESTINAÇÃO E ADESTINAÇÃO COMO FORMA DE LIMITAR A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Matheus de Castro Maia Senna

Graduado pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

Resumo – a desapropriação trata-se de instrumento legítimo estatal para a satisfação do interesse público, com previsão constitucional no rol dos direitos do art. 5º da Constituição Federal, desde que presentes os requisitos previstos constitucionalmente. Nesse sentido, ainda que o requisito da indenização prévia não esteja presente é possível haver a denominada desapropriação indireta. Contudo, há casos em que a desapropriação não satisfaz o interesse público, seja em razão da ausência de destinação, seja por desvio da destinação, o que acarreta na inconstitucionalidade de todo o processo desapropriatório. No presente trabalho, visa-se à análise dos instrumentos possíveis para coibir essa atuação estatal irregular, com o fim de obedecer a norma constitucional e garantir que a desapropriação seja feita para atender seu objetivo, qual seja, o interesse público. Para tanto, defende-se o direito de retrocessão como direito de natureza real que garante ao proprietário que teve seu direito de propriedade cerceado por ato irregular do Estado possa reaver o imóvel, ainda que sem previsão legal.

Palavras-chave – Direito de retrocessão. Tredestinação. Desapropriação indireta. Adestinação. Administração Pública.

Sumário – Introdução. 1. O desrespeito ao princípio da legalidade da Administração Pública na desapropriação. 2. A (im)possibilidade da Administração Pública de não realizar o interesse público pretendido na desapropriação 3. O direito de retrocessão como forma eficaz de controle para garantir o atendimento ao interesse público na desapropriação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Esse presente trabalho visa tratar sobre o direito de retrocessão, mais especificamente abordando esse direito nos casos de tredestinação e adestinação, para que seja demonstrado que é uma forma eficaz de limitar à atuação da administração pública. Nesse sentido, o Estado possui o importante papel na atual sociedade brasileira, como garantidor de direitos fundamentais, tanto os individuais, quanto os coletivos.

Nesse tocante, para satisfazer o interesse público e por consequência garantir os referidos direitos, a Administração Pública detêm certos poderes e prerrogativas que visam dar efetividade a esses direitos.

Dessa forma, se destaca o princípio da supremacia do interesse público. Esse princípio embora manifestado de diversas formas, surge com maior destaque no instituto da desapropriação, que encontra previsão constitucional no art. 5º, XXIV. Contudo, ainda que exista essa supremacia do interesse público, não é permitido que o Estado haja de maneira



arbitrária para com seus cidadãos.

Para evitar essa arbitrariedade foram fixados certos requisitos para que haja a desapropriação. Um desses requisitos é que a desapropriação deve ser pautada no interesse público. Em decorrência disso, somente caberá ao particular que teve esbulhada sua posse e consequente propriedade, certos mecanismos no caso de não atendimento ao interesse público pelo Estado.

A partir desse assunto, busca-se com esse trabalho discutir como o instituto do direito de retrocessão pode ser usado pelo particular como forma de garantir o direito à propriedade frente ao uso indevido ou não uso do imóvel desapropriado pelo Estado, bem como demonstrar que é o mecanismo mais eficaz para evitar o arbítrio estatal e garantir que a desapropriação satisfaça o interesse público.

Diante disso, no primeiro capítulo, deve-se questionar se é possível alegar que o princípio da supremacia do interesse público deve preponderar, ainda no caso da desapropriação indireta, em que há o desrespeito ao princípio da legalidade e atinge o direito à propriedade. Com o intuito de ao final do capítulo demonstrar que caso satisfeito o interesse público, ainda que a desapropriação tenha sido feita de maneira diferente dos requisitos previstos na lei, este deve preponderar.

Além disso, com essa preponderância do interesse público, resta questão de que seria possível e quais seriam as tutelas possíveis pelo particular que teve sua propriedade lesada para atender determinada demanda de interesse público e pela coletividade, porém em razão da ocorrência de tredestinação ilícita e adestinação não foi satisfeito esse interesse. Para isso, busca-se no segundo capítulo analisar a insuficiência de previsão legal para estabelecer limites à atuação da Administração Pública, que após a desapropriação, pode desvirtuar seu propósito, no caso de tredestinação ilícita ou nem mesmo dar um propósito ao imóvel, no caso de adestinação, sem que haja qualquer consequência direta à Administração.

No terceiro capítulo, aborda-se que em razão da inexistência da previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, é um mecanismo pouco conhecido que o particular possui para garantir seu direito a propriedade, quando a desapropriação não segue o interesse público. Em decorrência disso, resta o questionamento se de fato o direito de retrocessão pode ser usado como forma de controle da Administração Pública e de restrição ao princípio da supremacia do interesse público. Nesse presente escopo, no terceiro capítulo objetiva-se defender que ainda que haja necessidade de criação de previsão legal para que seja pacífico o entendimento do cabimento, e torná-lo mais conhecido, é possível o uso do direito de retrocessão, sendo esta a forma mais eficaz de limitação da atuação da Administração Pública



nos casos de tredestinação ilícita e adestinação.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais, demonstrando os questionamentos e divergências, bem como à previsão legal a respeito do tema de modo a conseguir discutir tais questões para ao fim desse trabalho chegar-se a conclusão acerca do direito de retrocessão.

1. O DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CASO DA DESAPROPRIAÇÃO

A Administração Pública é pautada pelos princípios previstos na Constituição Federal de 1988, em especial em seu art. 37¹. Um desses princípios expressamente consagrados na CRFB é o princípio da legalidade, norte que pauta toda a atuação do poder público, conforme caput do art. 37.

O princípio da legalidade para Administração Pública ganha diversa concepção do princípio da legalidade referente aos particulares, enquanto para estes se trata da autorização de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, para aquela se trata de fazer tão somente aquilo que a lei autoriza².

Modernamente, o entendimento é de que esse princípio da legalidade da Administração Pública não se reveste tão somente em fazer aquilo que a lei autoriza, mas também o que, embora, não esteja expressamente previsto na lei, integra o ordenamento jurídico, em que alguns doutrinadores, como a Ministra do STF, Carmen Lúcia Antunes Rocha, chamam de princípio da juridicidade.

Nesse sentido, o princípio da legalidade importa em determinados efeitos, que permitem um maior controle tanto por parte de órgão internos da Administração, quanto por órgãos externo e em especial pelos cidadãos. José Carvalho Santos de Filho, cita em seu livro³:

É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 mai. 2023.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. Ed-Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág.78

³ CARVALHO FILHO; José Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2023. p.16.

a ilicitude.

Dessa forma, o Estado deve sempre se pautar pela legalidade, respeitando os mandamentos constitucionais e legais, bem como os princípios que embora não expressos pautam o ordenamento jurídico, sob pena de seus atos serem inválidos.

Nesse tocante, na desapropriação, envolve um conflito de direitos fundamentais, de que em um lado está a supremacia do interesse público, com fundamento constitucional no art. 5º, XXIV⁴ e também no DL 3.365/41⁵ e do outro lado o direito à propriedade privada, previsto no art. 5º, caput da CRFB⁶.

Diante disso, quando há conflito, deve ser feita uma ponderação que observe, o grau de interferência das normas sobre o direito em conflito, o “peso abstrato” que o determinado princípio fundamental possui e por fim, a confiabilidade das premissas empíricas em que se escoram os argumentos sobre o significado da solução proposta para os direitos de colisão⁷.

Em razão disso, na desapropriação, por envolver a interferência máxima estatal na propriedade privada com fundamento na satisfação do interesse público, a atuação da Administração Pública deve sempre ser pautada pela legalidade, para que seja possível uma forma de controle pelo particular e seja legítima a intervenção estatal.

O referido art. 5, XXIV da CRFB traz que a desapropriação deve ser feita por motivos de necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, através de procedimento previsto em lei. Desse conceito, retira-se que para haver a desapropriação é necessário atender uma dessas três motivações, bem como a indenização anterior à intervenção do Estado na propriedade.

A lei que regulamenta a desapropriação por utilidade pública, visando satisfazer o interesse público, se trata do também já citado Decreto-Lei n. 3.365/41, que é anterior a própria Constituição Federal de 1988. Essa legislação traz os requisitos indispensáveis para que a desapropriação seja válida e serve como norte para atuação da Administração Pública que somente pode realizar a desapropriação conforme esses requisitos.

Os requisitos principais estão previstos em dois principais artigos, que tratam sobre a necessidade de decreto de utilidade pública expedida pelo Chefe do Executivo e a

⁴ BRASIL. op.cit, nota 1.

⁵ BRASIL. *Decreto-Lei* 3.365, 21 de junho de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 09 mai. 2023

⁶ BRASIL. op.cit, nota. 1

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 185.

consequente notificação e indenização do proprietário⁸:

Art. 6º A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito.

Art. 10-A. O poder público deverá notificar o proprietário e apresentar-lhe oferta de indenização.

Dessa maneira, resta-se concluso que a desapropriação é uma exceção ao direito de propriedade, sendo uma previsão constitucional de restrição à propriedade, mais gravosa. No entanto, por esse grande impacto em outro direito constitucional, para ser possível a desapropriação deve ser restrita e seguir os requisitos legais, demonstrados nesse trabalho anteriormente, sob pena de ser inválida.

O principal fundamento da desapropriação é a satisfação do interesse público e é uma prova inequívoca do princípio da supremacia desse interesse. A fonte que legitima isso é a atuação da Administração pautada pela legalidade, pois como a desapropriação é pautada por regulamentação legal e o poder público deve atuar conforme a lei, somente é válida aquela desapropriação feita por meio dos requisitos legais.

Há no ordenamento jurídico brasileiro, porém, uma exceção a essa desapropriação, que é o instituto denominado “desapropriação indireta”. Esse conceito como bem definido por Rafael de Oliveira⁹ é a desapropriação que não observa o devido processo legal. Esse tipo de desapropriação é feita sem que haja o decreto pelo chefe do poder executivo e antes da devida indenização. Consiste, em um verdadeiro esbulho realizado pelo poder público em determinada propriedade particular, para satisfazer o interesse público.

A fundamentação para essa desapropriação é o art. 35 do DL 3.365/41 que prevê: “Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.”¹⁰ Como consequência disso, esse artigo permite que ainda que não se siga os requisitos legais e haja o desrespeito ao princípio da legalidade, a desapropriação seja válida, somente cabendo ao particular que teve sua posse esbulhada, a indenização posterior por perdas e danos.

Nesse tocante, embora viole o princípio da legalidade, já a Administração Pública atua de forma diferente do que prevê a lei, de maneira ilegítima, o entendimento é que tal atuação é válida. Isso ocorre pois a desapropriação possui iminente caráter social, que visa satisfazer o

⁸ BRASIL. op.cit, nota 5.

⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. p. 742.

¹⁰ BRASIL. op.cit, nota 5.

interesse público. Desse modo, diante do esbulho de uma propriedade improdutiva, que não atende o interesse social, pelo poder público, com objetivo de nessa área realizar atividade de relevante interesse público, se coaduna com a Constituição Federal sendo válida.

Portanto, embora a Administração Pública seja pautada pelo princípio da legalidade, aqui entendido como de fazer tão somente aquilo que a lei autoriza, e a desapropriação, em regra, necessita observar os requisitos legais para sua concretização, é possível com base no fundamento da supremacia do interesse público, legitimar a desapropriação feita pelo poder público sem observância dos requisitos legais.

2. A (IM)POSSIBILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE NÃO REALIZAR O INTERESSE PÚBLICO PRETENDIDO NA DESAPROPRIAÇÃO

No capítulo anterior restou demonstrado que o fundamento para que seja possibilitada a realização da desapropriação, seja a direta, seja a indireta é necessária ser pautada pelo interesse público.

O interesse público aqui é pautado pelo trinômio presente na CRFB em seu art. 5º, XXIV, a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social. Para distinguir tais conceitos, Diogo de Figueiredo Neto¹¹ brilhantemente traz as definições:

Ocorrerá a hipótese de necessidade pública, se a Administração encontrar na desapropriação a única solução para resolver determinado problema administrativo por ela enfrentado; a de utilidade pública se caracterizará se a desapropriação se apresentar como a melhor solução administrativa para o atendimento do interesse público, e, finalmente, a de interesse social se configurará, se a desapropriação for a única ou a melhor solução administrativa para amparar um grupo social que o Estado deva proteger ou pretenda atender de modo especial.

Dessa forma, a desapropriação deve ser feita a partir de uns desses três fundamentos, que compõem o denominado interesse público.

A preponderância do interesse público resta demonstrada pela denominada tredestinação lícita, que é definida assim por José dos Santos Carvalho Filho¹²:

Significa dizer que, ainda que a finalidade não seja rigorosamente a que fora planejada antes, poderá o bem expropriado ser utilizado para fins públicos – obras e serviços.

Essa tredestinação é considerada lícita pois embora não tenha sido usado para o fim que tinha sido previsto, o fim alcançado também atende ao interesse público. A licitude dessa

¹¹ MOREIRA NETO; Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 419.

¹² CARVALHO FILHO; op. cit. p. 754.



medida permite demonstrar que a desapropriação deve ser necessariamente feita para atender o interesse público ainda que não necessariamente atenda o fim previsto no decreto desapropriatório.

No entanto, nem sempre após ter desapropriado, o Estado cumpre com sua obrigação de satisfazer o interesse público. Nesse sentido, o imóvel que foi objeto de desapropriação não é usado para os fins que era previsto, nos casos de tredestinação ilícita, ou não usado para nenhum fim, como nos casos de adestinação.

Tal conduta demonstra uma atuação ilícita do Estado e conforme previsto no art. 187 combinado com o art. 927 do Código Civil, os atos ilícitos cometidos através do abuso do poder devem ser reparados por aqueles que cometeram o dano em favor daqueles que sofreram o dano. Tal artigo embora previsto no Código Civil também pode ser aplicado ao Estado quando atua com abuso do poder.

Tal previsão se encontra no Enunciado n. 414 da V Jornada de Direito Civil (2011)¹³, que preconiza com precisão: “a cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito”

No caso da desapropriação há uma manifesto abuso do poder, pelos termos da definição presente no art. 187 do CC¹⁴, o abuso do poder consiste quando ultrapassa os limites imposto pelo seu fim social. Outrossim, no âmbito da Administração o abuso do poder é um gênero, que possui como espécie, o excesso do poder que é quando o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo¹⁵.

Desse modo, a desapropriação feita pela Administração Pública sem concretizar o interesse público, é um abuso do poder, tanto na definição prevista no Código Civil, quanto na definição do Direito Administrativo.

Diante disso, no caso da expedição de decreto desapropriatório e posteriormente efetivação da desapropriação para atender o interesse público, o Estado age de forma legal, ainda que não tenha atuado conforme os ditames legais previsto no Decreto 3365/41.

¹³ BRASIL. *Conselho da Justiça Federal*. V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2023.

¹⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

¹⁵ CARVALHO FILHO; op. cit. p. 41.

Contudo, ao não dar a destinação pública ou qualquer destinação viola o fim social para que se presta a desapropriação e comete ato ilícito.

Na desapropriação, por expressa previsão constitucional no art. 5º, XXIV a indenização deve ser prévia e justa. Todavia, tal indenização se refere ao fato do proprietário ter sido desapropriado do seu imóvel, conforme aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶:

A indenização é exigência que se impõe como forma de buscar o equilíbrio entre o interesse público e o privado; o particular perde a propriedade e, como compensação, recebe o valor correspondente ao dinheiro (agora, em algumas hipóteses, substituído por títulos da dívida pública).

Nesse sentido, tal indenização tão somente visa a repor a perda patrimonial que o desapropriado teve com a perda de seu imóvel não sendo uma sanção por ato ilícito do Estado. A partir desse entendimento, resta claro que não há *bis in idem*, caso posteriormente o Estado venha a ser condenado a indenizar pelo ato ilícito por abuso do poder caso não busque satisfazer o interesse público com a desapropriação.

Ademais, tal sanção é uma forma de inibir novamente o mesmo comportamento estatal. Isso ocorre, pois a desapropriação afeta um direito fundamental constitucional previsto que é o direito à propriedade e a limitação desse direito, tal como dos direitos fundamentais deve ser feita de forma excepcional e principalmente satisfazer outro direito fundamental, que em uma análise ponderativa deve prevalecer no caso concreto, que é o caso do interesse público. Assim, a desapropriação sem o fim de garantir o interesse público, transforma-se um ato ilícito que viola a Constituição Federal.

Portanto, não é possível ao Estado realizar a desapropriação e não atender o interesse público, por cometer ato ilícito na forma do art. 187 do CC¹⁷ e violar manifestamente a Constituição Federal. Essa ação estatal permite que o particular que teve seu imóvel desapropriado e houve a tredestinação ilícita ou adestinação buscar o poder judiciário para buscar indenização e sanção ao Estado. Logo, a não realização do interesse público enseja a sanção do Estado, mesmo que já tenha pago a indenização prévia em razão da desapropriação.

¹⁶ DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 211.

¹⁷ BRASIL. op.cit., nota. 14.

3. O DIREITO DE RETROCESSÃO COMO FORMA EFICAZ DE CONTROLE PARA GARANTIR O ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO NA DESAPROPRIAÇÃO

No capítulo anterior foi abordado acerca da flagrante ilegalidade do ato estatal consistente em desapropriar e não atender o interesse público. No presente capítulo, será explicitada a principal forma, o direito de retrocessão, pelo qual o particular que teve seu direito à propriedade restringido por ato estatal ilícito poderá pleitear acerca dessa propriedade.

O direito de retrocessão, porém, se trata de um conceito jurídico indeterminado, sem que haja uma definição clara acerca desse direito na desapropriação.

O art. 519 do CC¹⁸ expressamente traz que no caso da desapropriação não seguir o interesse público disposto no decreto desapropriatório caberá direito de preferência aquele que teve seu bem expropriado. Ademais, o art. 35 do DL 3365/41¹⁹ dispõe que os bens expropriados pela Administração Pública não poderão ser objeto de reivindicação, mas tão somente perdas e danos.

Por essas normas, o direito de retrocessão consiste no direito do ex-proprietário do imóvel desapropriado, em que a referida propriedade não teve destinação para finalidade pública ter a preferência para reaver o imóvel, sem que exclua o direito de perdas e danos pelo ato ilegal do Estado.

Todavia, tal definição não é pacífica, já que ainda que a legislação assim seja expressa, pela análise constitucional em que o art. 5º, XXIV da CRFB²⁰ estabelece que para haver desapropriação deve ser por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, espécies do gênero interesse público, sem que seja atendida essas finalidades, entende-se que não há desapropriação.

Dessa forma, o não atendimento ao interesse público, afeta o ato administrativo da desapropriação no âmbito da existência e não de sua validade. Como consequência disso, não há de se falar em aplicar os referidos artigos do DL 3365/41 e do Código Civil, mas sim o art. 1228 do CC²¹, que trata sobre a possibilidade do proprietário reaver o bem de quem o injustamente o detenha.

A partir desses dois entendimentos, surgiu grande controvérsia doutrinária acerca de

¹⁸ Ibid.

¹⁹ BRASIL. op.cit, nota 5.

²⁰ BRASIL. op.cit., nota. 1

²¹ BRASIL. op.cit., nota 14.

qual seria a natureza jurídica da retrocessão, em que se divide em três principais correntes.

Uma primeira corrente filiada por Diogo de Figueiredo Neto²² entende que como a legislação é nítida em estabelecer que aquele que teve seu imóvel desapropriado e não houve o atendimento do interesse público com essa desapropriação somente caberá a ação de perdas e danos, possuindo natureza pessoal²³. Essa corrente baseia-se na ausência de previsão legal do direito de retrocessão na Lei de Desapropriação acerca do direito de retrocessão e aborda o histórico legislativo da desapropriação, já que no instrumento normativo anterior, art. 2º, § 4º, da Lei nº 1.021/03²⁴ havia essa previsão legal com o direito de reaver o imóvel.

Uma segunda corrente, filiada por José Carvalho do Santos Filho²⁵ e Maria Zanello Di Pietro²⁶ entende que se trata de uma natureza mista, cabendo ao proprietário do imóvel, a preferência a obtenção do imóvel que constitui natureza real e a ação de perdas e danos que se trata de ação de natureza pessoal. e o direito de preferência pelo imóvel. Esse entendimento é baseado na previsão legal no Código Civil da possibilidade do direito de preferência, que não é afastado pela Lei de Desapropriação, sendo escolha do proprietário optar qual é do seu melhor interesse.

Já para a terceira corrente, filiadas por juristas como Régis Fernandes de Oliveira²⁷, Rafael de Oliveira²⁸, o direito de retrocessão possui natureza real, mas para essa corrente, diferentemente da segunda, essa natureza real não se trata do direito de preferência, mas sim o direito de reivindicar o imóvel. Essa corrente tem como base o entendimento que no caso da desapropriação não atender o interesse público, o seu plano de existência é afetado e o ato administrativo desapropriatório deixa de existir no ordenamento jurídico. Logo, é retomado o *status quo* anterior que possibilita o proprietário do imóvel reivindicar seu imóvel.

O melhor entendimento parece ser o filiado pela terceira corrente. Isso ocorre pois caso o ordenamento jurídico privilegie o primeiro entendimento, o proprietário do imóvel terá seu direito fundamento à propriedade violado por um ato administrativo que não encontra previsão legal e somente poderá obter reparação na esfera patrimonial, devendo ainda provar

²² MOREIRA NETO; op.cit., p. 424.

²³ Diogo de Figueiredo, porém entende caso se tratem dos bens desapropriados serem incorporados ao patrimônio de entes delegatários (paraestatais ou concessionários), por ter uma maior natureza privada é possível o direito de preferência. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 425.

²⁴ BRASIL. *Decreto n. 1.021*. 26 de agosto de 1903. Art. 2, §4º. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1021-26-agosto-1903-584610-publicacaooriginal-107339-pl.html>. Acesso em 14 set. 2023.

²⁵ CARVALHO FILHO; op. cit., p.75.

²⁶ DI PIETRO; op. cit., p. 224.

²⁷ OLIVEIRA; Regis Fernandes. *Retrocessão no direito brasileiro*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45316/43803>. Acesso em 14 set. 2023.

²⁸ OLIVEIRA, op. cit., nota 9, p. 738.

suas perdas e danos. Acerca do segundo entendimento, há uma contradição lógica caso haja a permissão do exercício do direito de preferência, através do reconhecimento da existência do ato ilegal estatal, permite-se que o Estado aliene o imóvel desapropriado ilegalmente e obtenha o valor da venda. Tal conduta porém viola expressamente um dos corolários do ordenamento jurídico brasileiro, que é o enriquecimento sem causa, que encontra sua previsão legal no art. 884 do Código Civil²⁹, já que através de uma conduta violadora do direito fundamental da propriedade, o Estado poderá obter valores através da venda do bem, além do proprietário que teve seu direito cerceado, deverá pagar para exercê-lo novamente.

Desse modo, o terceiro entendimento melhor se coaduna com o ordenamento jurídico. Alexandre de Moraes³⁰, assim aborda a ponderação de direitos fundamentais:

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deverá utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Nesse sentido, para que haja a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, deve ser feita uma ponderação para análise no caso concreto qual é a melhor forma de haver a concordância prática desses princípios. No caso da desapropriação, a própria Constituição Federal prevê como se dará essa preponderância, em que o direito fundamental do interesse público será preponderante em relação ao direito de propriedade, mas respeitado certos requisitos, dentre eles a finalidade da desapropriação.

Com isso, sem a finalidade pública e conseqüentemente não atendimento da necessidade ou utilidade pública ou interesse social, não é possível reconhecer que houve uma desapropriação, já que não atendeu os requisitos e violou o direito fundamental à propriedade e conseqüentemente não é possível realizar a concordância prática, havendo tão somente a violação ao direito fundamental. Logo, o não atendimento dos requisitos afasta a existência da desapropriação e permite que o proprietário reivindique o imóvel.

Tal entendimento é acertadamente, majoritário nos Tribunais Superiores, conforme o julgado do REsp 623.511/RJ³¹, REsp 570.483/MG³². Nesse sentido, a natureza do direito real

²⁹ BRASIL. op.cit., nota 14.

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 39 ed. São Paulo: Atlas, 2023. p. 42.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 623.511/RJ*. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400112169&dt_publicacao=06/06/2005. Acesso em: 14 set. 2023.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 570.483/MG*. Relator Ministro Franciulli Netto. Disponível em:

que garante a possibilidade do direito de retrocessão vem sendo aplicado com mais frequência nos tribunais superiores.

Tal possibilidade de direito retrocessão como direito real de reaver o imóvel garante ao proprietário do imóvel uma melhor solução para o combate de atos ilícitos praticados pelo poder público e acarreta uma maior segurança jurídica à aqueles que tiveram seu direito de propriedade cerceado por ato do poder público em que houve desvio de finalidade. Outrossim, o direito de retrocessão como possibilidade de reaver o imóvel é instrumento apto a garantir moralidade da administração, conforme bem assegurado no voto do Ministro Humberto Gomes Barros, no EDREsp 412.634/RJ³³:

Tal obrigação homenageia a moralidade administrativa, pois evita que o Administrador – abusando da desapropriação – locuplete-se ilicitamente às custas do proprietário. Não fosse o dever de retroceder, o saudável instituto da desapropriação pode servir de instrumentos a perseguições políticas e, ainda ao enriquecimento particular dos eventuais detentores do Poder.

Portanto, demonstra-se que o direito de retrocessão, em especial como natureza real de reaver o imóvel, é a melhor possibilidade de garantir que haja o cumprimento da finalidade pública da desapropriação, uma vez que, estabelece uma maior sanção e impede o enriquecimento ilícito do Estado, no caso de não cumprimento do requisito do interesse público da desapropriação.

Ademais, para trazer maior segurança jurídica e pacificar a discussão acerca do direito de retrocessão e sua natureza, bem como seu uso na desapropriação é imprescindível a atuação legislativa em criar a norma que possibilita expressamente esse direito.

CONCLUSÃO

Diante todo o exposto, o trabalho apresentado objetivou demonstrar que o desvio da finalidade pública na desapropriação, seja por não ter dado qualquer finalidade, seja por ser um finalidade que não alcance o interesse público deve ser rechaçado no ordenamento jurídico e que a possibilidade do proprietário reaver o imóvel pelo direito de retrocessão é a melhor solução.

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300742076&dt_publicacao=30/06/2004. Acesso em: 14 set. 2023.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDREsp n. 412.634/RJ*. Relator Ministro José Delgado. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200186836&dt_publicacao=09/06/2003. Acesso em: 14 set. 2023.



Buscou-se alcançar tal objetivo através da doutrina e jurisprudência. Restou verificado que a desapropriação para ser feita deve seguir uma série de requisitos legais tais como a satisfação da necessidade ou utilidade pública ou interesse social, que são espécies do gênero interesse público, bem como prévia e justa indenização em dinheiro. No entanto, é possível a realização da desapropriação, sem que haja necessariamente o cumprimento do requisito da prévia e justa indenização em dinheiro, que é o caso da desapropriação indireta, legitimada pelo referido art. 35 do DL 3365/41 e que a fundamentação para isso é a supremacia do interesse público em face do interesse do particular que teve cerceado o seu direito de propriedade.

Também restou demonstrado que a desapropriação pode não atingir a finalidade expressamente prevista no decreto desapropriatório, mas para isso é necessário atingir outra finalidade que satisfaça o interesse público. Nesse sentido, em caso do ato de desapropriação desviar a finalidade originária e não satisfazer o interesse público ou até mesmo não fazer nada após a desapropriação, haverá a denominada trestinação ilícita e adestinação, respectivamente. Esses institutos abordados consistem no abuso do poder, em sua vertente de desvio de finalidade, que possibilitam o proprietário que teve sua propriedade cerceada pleitear indenização pelo abuso de poder praticado pelo poder público.

Além da possibilidade de indenização pela prática do abuso do poder, é garantido ao proprietário o direito de reaver o imóvel, conforme legislação civil. Isso somente é possível sendo reconhecida a natureza real do direito de retrocessão e que a desapropriação sem o atendimento do interesse público é inexistente.

Tal reconhecimento, como observado no trabalho é importante, pois inibe a prática estatal de realizar a desapropriação, e posteriormente não cumpri-la, que acarreta em um enriquecimento ilícito e assegura ao proprietário maior segurança jurídica em caso de não realização do interesse público pelo Estado.

Como visto, porém, não há previsão legal do direito de retrocessão no ordenamento jurídico brasileiro para a desapropriação. Tal fato gera grande discussão doutrinária do exercício desse direito e qual seria a natureza desse direito no Brasil. Como demonstrado, porém, os Tribunais Superiores possuem a tendência de entender que o direito de retrocessão possui natureza real e é possível o proprietário reaver o bem desapropriado ilegalmente.

Diante disso, com a conjugação das fontes de conhecimento apresentadas, foi observado que o direito de retrocessão sendo entendido como a possibilidade do proprietário reaver o imóvel assegura uma maior moralidade administrativa, bem como é a que se melhor coaduna com o ordenamento jurídico e a visão de uma maior relação horizontal entre o Estado

e particulares.

Dessa maneira, conclui-se que é possível que haja desapropriação sem o cumprimento do requisito de indenização prévia, desde que haja o interesse público, mas há a impossibilidade de desapropriação sem o requisito do interesse público, o qual é a motivação para existência da desapropriação, quanto é que sem esse interesse, deve ser reconhecida a inexistência da desapropriação e permite que haja o direito de retrocessão, ainda que não haja previsão legal expressa, limitando à atuação estatal.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 mar. 2023.

_____. *Conselho da Justiça Federal*. V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: mar. 2023.

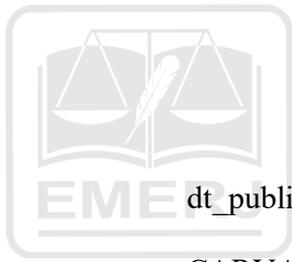
_____. *Decreto n. 1.021*, de 26 de agosto de 1903. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1021-26-agosto-1903-584610-publicacaooriginal-107339-pl.html>>. Acesso em: 14 set. 2023.

_____. *Decreto-Lei n. 3.365*, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 11 mar. 2023

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 623.511/RJ*. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400112169&dt_publicacao=06/06/2005>. Acesso em: 14 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 570.483/MG*. Relator Ministro Franciulli Neto. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300742076&dt_publicacao=30/06/2004>. Acesso em: 14 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EDREsp n. 412.634/MG*. Relator Ministro José Delgado. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200186836&>



dt_publicacao=09/06/2003>. Acesso em: 14 set. 2023.

CARVALHO FILHO; José Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MORAES. Alexandre de. *Direito Constitucional*. 39. ed. São Paulo: Atlas, 2023.9.

MOREIRA NETO; Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUNHOZ; Manoel Eugênio Marques. *Tratamento jurídico da retrocessão*. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7159>. Acesso em: 11 mar. 2023.

OLIVEIRA; Rafael de Rezende Carvalho. *Curso de Direito Administrativo*. 10. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

OLIVEIRA; Regis Fernandes. *Retrocessão no direito brasileiro*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45316/43803>. Acesso em: 11 mar. 2023

LACUNAS NORMATIVAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Matheus Filipe Modesto

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado.

Resumo – a Lei n. 13.964/19 inseriu no Código de Processo Penal o artigo 28-A para admitir a celebração do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Embora o instituto seja similar a outras hipóteses de consenso na justiça criminal, como a suspensão condicional do processo e a transação penal, sua breve existência mantém questionamentos práticos e teóricos a ser solucionados. O presente artigo procurou elucidar três inconsistências do ANPP: a potencial (in)compatibilidade do requisito da confissão com o princípio da presunção de inocência, a (in)existência do direito subjetivo ao ANPP e a (im)possibilidade de celebração de ANPP nos crimes culposos com resultado grave.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Natureza do Instituto. Requisito da Confissão. Presunção da Inocência. Direito à Não Autoincriminação.

Sumário – Introdução. 1. A Repercussão da Confissão Feita no Acordo de Não Persecução Penal Dentro do Processo 2. O ANPP Como Direito Subjetivo Do Investigado 3. A (Im)possibilidade de Celebração do ANPP em Crimes Culposos com Resultado Violento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o Acordo de Não Persecução Penal e, como objetivo, analisar os limites e efeitos da exigência da confissão para a celebração do acordo. O acordo de não persecução penal (ANPP) foi recentemente introduzido no sistema criminal brasileiro pela Lei n. 13.964/19, que entrou em vigor em 20 de janeiro de 2020. Logo, o desenho do instituto e sua legitimidade ainda passam pelo escrutínio da comunidade jurídica.

No primeiro capítulo deste artigo, discutiu-se a constitucionalidade e convencionalidade da exigência da confissão para a celebração do novo ANPP. O instituto faz parte da justiça penal negocial, espécie de aplicação do direito de punir estatal a partir do consenso, e não do litígio. O artigo 28-A, do Código Penal, que positivou o ANPP no ordenamento, exige, para sua celebração, que o investigado confesse a prática de crime circunstancialmente. Surge então a indagação se o dispositivo é incompatível com o direito fundamental de ter a inocência presumida até trânsito em julgado de sentença condenatória e com o direito à não autoincriminação do Pacto de São José da Costa Rica. Além disso, o requisito positivo da confissão circunstanciada trouxe para a pólis jurídica outra indagação: se o acordo homologado na esfera criminal pode ser utilizado como meio de prova em outras esferas judiciais, como a cível e a administrativa. O presente trabalho procura expor a

controvérsia doutrinária a respeito da dúvida e defender que a confissão no ANPP permanece petrificada dentro da seara criminal, não tendo, portanto, validade probatória nas frentes cível e administrativa.

No segundo capítulo, este artigo discorre a respeito da natureza do direito ao acordo de não persecução penal. Em outras palavras, em face do silêncio do legislador, procurou-se estudar e expor se, uma vez preenchidos os requisitos elencados pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal, o órgão titular da ação penal pública, o Ministério Público, teria liberdade para oferecer ou não a medida. Discute-se caso, ao invés, cumpridos os requisitos legais, estaria materializado o direito subjetivo do investigado à celebração do acordo.

Por último, o terceiro capítulo desta pesquisa procurou responder se a proibição de oferecimento do acordo de não persecução penal nos crimes que envolvam violência ou grave ameaça engloba os crimes onde a violência tenha resultado de uma conduta culposa, dúvida que nasce pela interpretação literal do *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

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. O pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. A REPERCUSSÃO DA CONFISSÃO FEITA NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL DENTRO DO PROCESSO JUDICIAL

O artigo 28-A do Código de Processo Penal regula o acordo de não persecução penal (ANPP) na legislação brasileira¹. O nome do instituto, por si, indica que a celebração e homologação do acordo, na forma do §6º do mesmo dispositivo, impede a persecução penal ou, em outras palavras, o processo judicial. O ANPP integra o conjunto maior chamado pela maioria da doutrina de justiça negociada. Ambas as partes, o investigado e o Ministério Público, renunciam ao processo, de forma a descongestionar a máquina judiciária. De um lado, do investigado deve confessar o crime e, em troca, obtém uma pena alternativa à pena de prisão.

A confissão é um requisito legal sem a qual o acordo não poderá ser homologado pelo juiz competente. Sua exigência, no entanto, levanta problemas práticos e teóricos. Um desses

¹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 abr. 2023.

problemas será exposto neste capítulo, qual seja: uma vez confessado o crime e celebrado o acordo, o que será feito de tal confissão caso o acordo seja rescindido ou não homologado pelo juiz?

A pergunta apresenta forte relevância, uma vez que o juiz não é obrigado a homologar o acordo celebrado pelo Ministério Público. O magistrado pode entender, por exemplo, que o fato típico de que é acusado o investigado é grave o suficiente para impedir o benefício do ANPP ao investigado. Por outro lado, deve-se pensar no cenário no qual aquele beneficiado pelo acordo não cumpre com os seus termos, culminando na rescisão do acordo. Em ambos esses casos, importa questionar se, uma vez oferecida a denúncia, o réu agora confesso terá garantida a presunção de inocência, visto que ele confessou o delito antes de saber que existiria processo, e na condição de que não houvesse condenação. Antes disso, parece fundamental responder se a confissão poderia ser usada em tal denúncia. Por último: poderá o magistrado usar tal confissão em eventual sentença condenatória?

Renato Brasileiro Lima Renato Brasileiro de Lima defende que o Ministério Público poderá trazer, como suporte à denúncia a ser oferecida, a confissão formal e circunstanciada do investigado por ocasião do acordo². Para tanto, argumenta que, uma vez que o próprio investigado deu ensejo à rescisão do acordo, não se poderia desprezar os elementos de informação por ele fornecidos. O mesmo teor possui o Enunciado n. 24 da Procuradoria-Geral de Justiça em conjunto com a Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo (PGJ-CGMP/MPSP) a respeito do pacote anticrime: Rescindido o acordo de não persecução penal por conduta atribuível ao investigado, sua confissão pode ser utilizada como um dos elementos para oferta da denúncia.

Vitor Souza Cunha defende a mesma conclusão. Segundo o autor, quando o ANPP é rescindido por culpa do investigado, impedir o uso da confissão extrajudicial seria anuir que o investigado se beneficiasse de situação ao qual deu causa³. Cunha argumenta que a boa fé processual, embora não prevista expressamente no CPP, deve nortear a discussão. O artigo 28-A, §11º, reforça os efeitos da boa fé no ANPP ao prever que “O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo”. De acordo com Cunha, “Esse dispositivo pode ser lido como a aceitação legal de que um

² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 287.

³ CUNHA, Vitor Souza. O devido processo consensual e os acordos de não persecução penal. In: WALMSEY, Andréa (Org.); CIRENO, Lígia (Org.), BARBOZA, Márcia Noll (Org.). *Inovações da Lei nº 13.964*. Coletânea de artigos. v. 7, p. 308. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/215412>>. Acesso em: 16 abr. 2023.

comportamento violador da boa-fé, entendida como exteriorização de comportamentos coerentes e leais, pode implicar a perda de situações jurídicas processuais”⁴. Logo, quando tiver agido de má-fé, as informações e provas concedidas pelo colaborador podem ser usadas pelo Ministério Público.

Todavia, outra parcela da doutrina entende que a confissão realizada para a celebração do ANPP não pode ter nenhuma repercussão formal futura⁵. Para tanto, citam o artigo 155 do Código Penal, o qual prevê que o juiz não pode fundamentar sua decisão em elementos colhidos na antes do processo. Segundo Ali e Amir Mazloum, uma vez que a confissão no acordo de não persecução penal é feita na fase inquisitorial e, portanto, anterior e exterior ao processo, o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova⁶. De forma analógica, a Lei das Organizações Criminosas possui previsão similar, ao regular outro negócio jurídico processual, a colaboração premiada. Segundo a lei, a colaboração premiada, uma vez rescindida, não permite que as provas incriminatórias sejam utilizadas em desfavor do colaborador. Tal raciocínio seria aplicável ao ANPP, ensinam os autores, por força do artigo 3º do Código de Processo Penal.

Para que um elemento tenha valor de prova, ele deve ser produzido sob contraditório. Ao conceituar o contraditório, José Henrique Franco escreve que “o contraditório, por sua vez, pressupõe possibilidade efetiva de conhecer a imputação integralmente e de se contrapor ao oponente processual”⁷. Logo, uma vez que o investigado que celebra acordo com o Ministério Público não conhece formalmente a acusação que recai sobre si, a confissão realizada para tal fim não é submetida ao contraditório e, portanto, não pode ser utilizada em uma decisão. No mesmo sentido, Nestor Távora e Rodrigues Alencar afirmam que a confissão “terá que ser reproduzida no processo penal para surtir algum efeito na esfera penal”⁸.

Exigir a confissão como requisito à celebração do ANPP é, para alguns autores, incompatível com a Constituição Federal. Na hipótese em que o acordo é descumprido, estaria a presunção do então denunciado extremamente maculada. Dessa forma, a exigência significaria incompatibilidade com o artigo 5º, inciso LVII, o qual dispõe que “ninguém será

⁴ *Ibid.*

⁵ MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. *Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoescurso>>. Acesso em: 08 abr. 2023.

⁶ *Ibid.*

⁷ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 483-496.

⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 566.



considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁹. Segundo João Paulo Martinelli, mesmo que o julgador não tenha acesso ao conteúdo da confissão, ele estará induzido a reconhecer a culpa do réu¹⁰. Saulo Mattos afirma que, no cenário em que a confissão é realizada e a punibilidade não é extinta, haverá “contaminação inquisitória” da imparcialidade do juiz para apreciar a causa¹¹.

Apesar da divergência doutrinária, todo o exposto induz à conclusão de que, quando o acordo de não persecução penal é rescindido ou não homologado, a exploração da confissão realizada não é possível pela acusação. A confissão extrajudicial do acusado no ANPP não pode ser utilizada pelo Ministério Público, uma vez que não foi realizada sob o crivo do contraditório. Ademais, permitir o uso de tal manifestação, em específico, fere o direito fundamental ao silêncio, que inclui o direito fundamental à não autoincriminação, garantidos pela Constituição e na Convenção Americana de Direitos Humanos¹².

2. O ANPP COMO DIREITO SUBJETIVO DO INVESTIGADO

O artigo 28-A do Código de Processo Penal prevê que “[...] poderá o Ministério Público propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]”¹³. A literalidade do dispositivo indica que o oferecimento do acordo é uma faculdade do órgão de acusação. Todavia, alguns autores¹⁴ defendem que, uma vez preenchidos os requisitos objetivos trazidos no *caput* do dispositivo mencionado, nasce para o investigado o direito subjetivo à causa de não persecução penal que proporcionará a extinção da punibilidade.

O ANPP faz parte de um grupo de institutos, chamados pela doutrina, de justiça penal consensual¹⁵. O grupo é formado por mecanismos despenalizadores, dentre os quais estão a colaboração premiada, a suspensão condicional do processo, a transação penal e, fora do

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2023.

¹⁰ BEM; MARTINELLI, *op. cit.*, p. 345-360.

¹¹ MATTOS, Saulo. Acordo de não persecução penal: uma novidade cansada. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, ano 3, n. 7, p. 20, fev. 2020. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2020/03/TRINCHEIRA-FEVEREIRO-2019.2.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2023.

¹² SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas Respostas sobre o Acordo de Não Persecução Penal. In: SANCHES CUNHA, Rogério *et al* (Org.). *Acordo de Não Persecução Penal, Resolução n. 181 do CNMP*. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 165.

¹³ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

¹⁴ BEM; MARTINELLI, *op. cit.*, p. 345.

¹⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p 26.

ordenamento jurídico brasileiro, o *plea bargain*. Todos esses instrumentos envolvem um acordo por meio do qual o investigado renuncia à sua defesa dentro de um processo em troca de uma punição mais branda do que a cominada legalmente para o delito.

Em relação a esses institutos anteriores ao ANPP – trazidos pela Lei 9.099 Lei dos Juizados Especiais¹⁶ – a doutrina já abordava o debate a respeito de eventual direito subjetivo do investigado à transação penal, espécie de mecanismo da justiça consensual¹⁷. Assim como o ANPP, a transação penal é mecanismo por meio do qual o Ministério Público oferece pena mais branda a investigado que preencha determinadas exigências legais, com o fim de descongestionar as varas criminais e dar efetividade ao direito penal¹⁸. Com o advento da Lei n. 9.099, diversas correntes puderam ser observadas sobre a natureza da transação penal, havendo autores que defendendo que ela teria natureza jurídica de acordo, de direito subjetivo do réu, e outros que entendem que possui natureza de uma ação penal¹⁹.

No direito penal, vigora o princípio da obrigatoriedade da ação. De acordo com Júlio Mirabete, tal princípio é “aquele que obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública”²⁰. Em outras palavras, a obrigatoriedade da ação penal pública significa que os órgãos de persecução não dispõem de discricionariedade para promovê-la quando diante de indícios ou de provas da infração. Conseqüentemente, a celebração de um acordo de não persecução penal, como o nome indica, sinaliza a mitigação do princípio da obrigatoriedade, uma vez que, observada a possível conduta ilícita, a ação pode não acontecer.

Essa ideia, contudo, não é unânime na doutrina. Tiago Bunning Mendes e Guilherme Brenner Lucchesi²¹ defendem que o acordo de não persecução penal é, na realidade, “um *locus* de não incidência do exercício da ação expressamente previsto em lei”. Assim, em casos de não oferecimento do acordo quando preenchidos os requisitos legais, deve o Poder Judiciário

¹⁶ BRASIL. *Lei 9.099/95*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 30 nov. 2023.

¹⁷ ALENCAR, Rosmar Cavalcanti de. Natureza jurídica da transação penal e efeitos decorrentes. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 18 n. 8 ago. 2006. Disponível em: <https://www.jfpe.jus.br/JFPE/Biblioteca%20Juizes%20que%20atuaram%20na%20JFPE/Biblioteca_Juizes_que_atuaram_na_JFPE/2021/05/12/20210512NaturezaRevTRF1n82006.PDF>. Acesso em: 09 ago. 2023.

¹⁸ SOUZA, Renee do Ó. *A opção político-criminal do Acordo de Não Persecução Penal como instrumento de segurança pública*. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Renee+do+%C3%93+Souza.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2023.

¹⁹ ALENCAR, *op. cit.* nota 17.

²⁰ MIRABETE, Júlio Fabrino. *Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 47.

²¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner; OLIVEIRA, Marlus de. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim IBCRIM*, v. 29, n. 344, p. 26-28, jul. 2021, p. 28.



intervir, eis que está na condição de garantidor dos direitos e garantias fundamentais e, ao se deparar com violações, tem por dever agir ativamente²². Logo, uma vez preenchidos os requisitos pelo acusado, este passaria a ter o direito subjetivo à celebração do acordo. Segundo os autores, os agentes públicos estão vinculados ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF)²³, motivo pelo qual não tem permissão para ofertar ou negar o acordo com base em decisões pessoais e subjetivas. Para aqueles que aderem a esse entendimento, caso o investigado faça jus ao benefício, a oferta deste não pode ser admitida como juízo de discricionariedade do Ministério Público²⁴. Por outro lado, uma parcela expressiva da doutrina sustenta que o oferecimento do acordo de não persecução penal é uma faculdade do Ministério Público. Um dos principais argumentos de tal posição é a interpretação literal do *caput* do artigo 28-A do CPP²⁵.

Renato Brasileiro de Lima escreve que, em primeiro lugar, a redação do dispositivo utiliza o verbo “poder” para descrever a iniciativa do Ministério Público no ANPP. Em segundo lugar, o artigo não se limita a enumerar requisitos objetivos para que o investigado faça jus ao benefício, pois, na parte final, lê-se que o acordo somente será proposto pelo Ministério Público “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”²⁶. Necessidade e suficiência são termos jurídicos indeterminados. Cabe lembrar o que são conceitos jurídicos indeterminados. Segundo Luiza Barros Rozas, os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo²⁷. A explicação conduz à conclusão de que a parte final do *caput* do artigo 28-A, ao Logo, existe uma margem de análise casuística feita por parte do membro do Ministério Público antes de oferecer ou não o negócio processual.

Igualmente, Emerson Garcia, ao analisar o instituto, afirmou claramente que “a celebração do acordo de não persecução penal é uma faculdade do Ministério Público, não um direito subjetivo do réu”. O direito ao ANPP encontraria óbice, segundo o autor, no próprio conceito de justiça penal negocial. Segundo o autor, não é possível afirmar a existência de um direito subjetivo a um mecanismo negocial. A lógica de um acordo parte do princípio de que

²² *Ibid.*

²³ BRASIL, *op. cit.*, nota 9.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Recurso em Sentido Estrito 2021.0000959667/SP*. Relator: Desembargador Marcos Alexandre Coelho Zilli, julgado em 26 de novembro de 2021.

²⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 276.

²⁷ ROZAS, Luiza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, a. 20, nº 47, p. 191-201, jan/fev. 2019, p. 192.



há disponibilidade no oferecimento da proposta. Em outras palavras, a própria natureza de um acordo pressupõe que ambas as partes possuam discricionariedade na celebração do negócio²⁸.

Essa é a mesma posição de Aury Lopes Jr. Para o autor, o acordo de não persecução penal é uma novel forma de expressão da justiça penal negociada, motivo pelo qual não há falar em direito subjetivo do investigado. Em suas palavras:

Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado para o instituto do ANPP, já que ambos têm o mesmo caráter de instrumento da Justiça penal consensuada. O MP não é obrigado a ofertar o acordo, mas, nesse caso, precisa fundamentar a razão pela qual está deixando de fazê-lo, até mesmo porque o agente tem direito a saber a razão da recusa pelo MP para ter como desenvolver sua argumentação no pedido de revisão que poderá fazer junto ao Órgão Ministerial Revisional para o qual poderá dirigir um pedido de reconsideração, com remessa dos autos (art. 28, § 14, CPP). Isso se chama exercício do direito a ampla defesa.²⁹

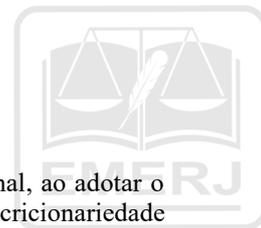
Apesar das diferentes correntes de ideias expostas, os argumentos descritos neste capítulo levam à conclusão de que o acordo de não persecução penal não significa um direito subjetivo do acusado. Não há fulcro principiológico, quiçá legal, para vedar ao o titular da ação penal pública, o Ministério Público, a liberdade para decidir sobre a necessidade e proporcionalidade da ação penal. O princípio da disponibilidade da ação penal - também chamado de princípio da obrigatoriedade mitigada - não permite um juízo pessoal ao promotor público para concluir se a celebração do ANPP é suficiente para a retribuição do crime. Ao invés, esses princípios implicam uma margem de atuação do *parquet* para melhor escolher quais delitos, com base em sua reprovabilidade, merecem a movimentação da máquina judiciária e quais devem ser resolvidos de forma mais célere. Essa posição é a que melhor consagra o princípio da separação dos poderes ao preservar a literalidade do texto elaborado pelo legislador.

Por fim, importa observar que a questão da natureza dos institutos negociais da Lei 9.099 já chegou ao Supremo Tribunal Federal. O Tribunal possui posição clara no sentido de que tanto a transação penal quanto a suspensão condicional do processo carecem de natureza de direito subjetivo do investigado. Sobre a transação penal, destaca-se o Recurso Extraordinário 468.161-7/GO:

[...] Bem de ver, assim, que não se reserva, aí, espaço a transação sem participação do MP (...) Assim, ao contrário do que manifestado na decisão recorrida, o art. 76 (como também o art. 89) da lei nova não se constitui um direito público subjetivo do

²⁸ GARCIA, Emerson. O acordo de não persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 68, p. 38-42, abr./jun. 2018, p. 42.

²⁹ LOPES JR., Aury. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 10 fev. 2024.



réu, porém apenas mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao adotar o princípio da conveniência ou, segundo alguns, o princípio da discricionariedade controlada. A proposta prevista na lei é de exclusivo e inteiro arbítrio do Ministério Público, que continua sendo, por força da norma constitucional, o dominus litis da ação penal pública, não podendo ser substituído pelo magistrado, em tal encaminhamento.³⁰

Já sobre a suspensão condicional do processo, destaque para o *Habeas Corpus* 129346/ES:

Suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95). Não cabimento. Fundamentada recusa do Ministério Público em propor o benefício. Aceitação da recusa pela autoridade judicial. Possibilidade. Precedentes. Natureza de transação processual da suspensão condicional do processo. Inexistência de direito público subjetivo à aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95. Precedentes. (...) 5. Quanto à pretendida concessão da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), anoto que a jurisprudência da Corte já decidiu que o benefício não é cabível se o Ministério Público, de forma devidamente fundamentada, como no caso, deixa de propô-la e o Juiz concorda com a recusa.³¹

3. A CELEBRAÇÃO DO ANPP EM CRIMES CULPOSOS COM RESULTADO VIOLENTO

O artigo 28-A do CPP afirma que “não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, [...]”³². Vê-se que o legislador condicionou a celebração do ANPP à ausência de violência na conduta. O objetivo foi evidentemente impedir que a autores de condutas muito reprováveis - mas cuja pena mínima se enquadrasse na moldura do *caput* – fossem oferecidas penas mais brandas, entre as quais não está a pena de privativa de liberdade.

Contudo, com a vigência do ANPP, surge a pergunta se ao empregar o conceito de “violência”, o legislador estaria excluindo do âmbito do acordo de não persecução penal condutas culposas que resultassem em lesões corporais ou em morte. Ou seja, se condutas de reprovabilidade elevada - mas cujo elemento normativo da conduta seja a culpa - admitem a resolução por meio de oferecimento de acordo. Essa seria a hipótese da lesão corporal culposa decorrente de direção de veículo automotor quando o condutor está sob a influência de qualquer substância psicoativa. Com base no limite de pena que condiciona o oferecimento do ANPP,

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 468161*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2329765>>. Acesso em: 10 fev. 2024.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n- 129346*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4807922>>. Acesso em: 10 fev. 2024.

³² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 08 ago. 2023.

seria possível celebrar o negócio em um crime dessa natureza. Resta saber se as lesões corporais culposas caracterizariam a “violência” a que faz referência o *caput* do artigo 28-A, do CPP.

Não há que como negar que alguns crimes culposos possuem alto grau de reprovabilidade. Em relação aos demais institutos despenalizadores no ordenamento brasileiro – transação penal, suspensão condicional do processo e composição de danos – a discussão não encontra importância, pois o requisito objetivo da pena em abstrato não permitiria que tal crime fosse amparado por um desses institutos. A transação penal e a composição civil dos danos estão presentes na Lei 9.099, de 1995. O artigo 76 da lei prevê a transação penal, instituto por meio do qual “o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”³³. Por sua vez, a composição civil dos danos está prevista nos artigos 74 e 75 da Lei 9.099³⁴, e tem como escopo uma proposta feita pelo suposto autor do fato à vítima para reparar os prejuízos causados pela infração. O artigo 60, *caput*, diz que tal diploma aplica-se aos crimes de menor potencial ofensivo³⁵. Por sua vez, o artigo 61, da mesma lei, define que são crime de menor potencial ofensivo aquele cuja pena máxima cominada em abstrato não ultrapassar 2 (dois) anos³⁶.

O acordo de não persecução penal, diferentemente desses três mecanismos negociais penais, pelo fato do artigo 28-A do Código Penal possuir um piso de pena em abstrato mais amplo, torna a discussão do crime culposo com resultado grave imperiosa no âmbito do ANPP.

Rodrigo Ferreira Cabral defende que a palavra violência escolhida pelo legislador para vedar o ANPP inclui tanto a violência a título de dolo (v.g crime de roubo), quanto a violência culposa (homicídio culposo). O autor argumenta que o legislador optou por não restringir a proibição de acordo a uma única modalidade de imputação subjetiva (o dolo)³⁷. O autor utiliza-se de uma interpretação integrativa e sistemática do Código Penal para reforçar seu argumento. O artigo 44, I, do Código Penal³⁸, ao prever a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direito, expressamente diferenciou os crimes culposos e aqueles crimes cometidos com violência e grave ameaça. Logo, segundo Cabral, para que o mesmo raciocínio fosse utilizado no novo acordo de persecução penal, o legislador deveria ter utilizado a mesma

³³ BRASIL, *op. cit.* nota 16.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal: à luz da Lei 13.964/2019. (Pacote Anticrime)*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 75.

³⁸ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil03/decretolei/del2848compilado.html>>. Acesso em: 08 ago. 2023.



técnica, ou seja, ter previsto que, nos crimes culposos, a violência do resultado não impede o ANPP.

Outra parcela de autores e operadores do direito entendem que não há vedação ao oferecimento de ANPP em crimes culposos com resultado morte ou lesão corporal³⁹. Para tanto, importa esclarecer como os principais autores definem a culpa no conceito analítico de crime.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a natureza da culpa é de elemento normativo da conduta⁴⁰. Segundo o autor, tem natureza de elemento normativo porque “porque é formulado um juízo de valor acerca da relação estabelecida entre o querer do agente e o resultado produzido, verificando o magistrado se houve uma norma a cumprir, que deixou de ser seguida”⁴¹. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, a culpa no direito penal é “a inobservância de um dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, embora objetivamente previsível”⁴². Humberto Fabretti, por sua vez, ensina que “todo tipo penal necessariamente necessita de uma conduta, porém no tipo penal culposo não é a intenção com a qual o agente pratica a sua conduta que interessará, mas sim a forma, o modo, como a conduta é praticada”⁴³.

Logo, nos delitos culposos, o resultado causado pela conduta do agente não é pretendido por ele. Caso fosse, estar-se-ia diante de um crime doloso, o qual, pelo desejo do autor voltado para o resultado, é mais severamente punido pelo legislador.

É pelo fato de os delitos culposos serem caracterizados pela ausência de nexos entre a vontade do agente e o resultado que impossibilita a existência, para a maior parte da doutrina, de crimes culposos na forma tentada⁴⁴. Uma vez que o resultado não é aceito nem como dolo eventual, não se poderia especular em falta de consumação por motivos alheios à vontade do agente, uma vez que, nos delitos culposos, o agente não tem como fim a consumação.

Com base em tais conceitos, portanto, argumenta-se que a violência prevista pelo legislador como impeditiva do acordo precisa ter sido empregada a título de dolo. Esse é o teor do Enunciado n. 23 do Conselho Nacional de Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União:

³⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de Processo Penal Comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 101.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 195.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. V. 1. São Paulo: SaraivaJur, 2012, p. 363.

⁴³ FABRETTI, Humberto; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 247.

⁴⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal Estruturado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 45.

É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível⁴⁵.

Essa é, igualmente, a posição de Renato Brasileiro de Lima, para quem a violência que inibe a celebração do acordo de não persecução penal é aquela presente na conduta, e não no resultado⁴⁶.

Por fim, cabe dizer que o dispositivo que trata do acordo de não persecução penal possui, além dos requisitos objetivos, um requisito valorativo. Diz o artigo 28-A, *caput*, que o ANPP só será oferecido “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”⁴⁷. Destarte, caso eventual autor de crime culposo de alta reprovabilidade, como a hipótese do homicídio na direção de veículo automotor, preencha os demais requisitos para celebrar o acordo, o Ministério Público tem a possibilidade (ou dever) de oferecer a denúncia, e não o ANPP, contra o agente. No caso, não será necessário imiscuir-se na seara acerca da presença de violência no fato e a vedação legal, bastando que o membro do parquet se ampare na própria lei para negar o benefício.

CONCLUSÃO

A exposição desenvolvida neste artigo permite concluir que, embora parte das incertezas a respeito do acordo de não persecução penal tenham começado a ser solucionadas pela doutrina, ainda restam zonas cinzentas pairando sobre o instituto.

No que tange ao requisito de confissão do investigado para a celebração do acordo, pode-se afirmar que há perigos no caso de não homologação do acordo. Apesar de muitos autores concordarem que, na ausência de homologação do ANPP, a confissão não pode ser usada na denúncia e tampouco como prova no processo judicial, a discussão encontra-se longe do consenso entre a doutrina especializada. De um lado, a doutrina argumenta que a confissão cuja validade é de prova lícita somente pode ser feita em juízo. De outro, alega-se que, caso o acusado tenha dado ensejo à rescisão do acordo, o uso da confissão como fundamento da

⁴⁵ GNCCRIM. *Enunciados Interpretativos da Lei 13.964/2019 Lei Anticrime*. Disponível em: https://www.cnpj.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 01 set. 2023.

⁴⁶ LIMA, *op. cit.*

⁴⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

denúncia ou da condenação é ônus previsto pelo legislador para o descumprimento das condições.

Destaca-se que, independentemente da corrente de pensamento a adotar, o requisito da confissão para a celebração do ANPP representa enorme prejuízo para o investigado, visto que, uma vez frustrado o acordo, sua presunção de inocência estará gravemente maculada no processo que enfrentará.

Caso o ANPP seja rescindido por culpa do acusado, a confissão que deu ensejo ao negócio não poderá ser usada na fundamentação da condenação, pois o artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal diz que o juiz formará sua convicção com base nas provas realizadas em contraditório judicial. Nada obstante, o acusado terá sua presunção de inocência totalmente esvaziada, pois mesmo que o juiz não tenha acesso ao conteúdo do acordo, a ciência do acordo frustrado contaminará gravemente a imparcialidade do julgador.

Não se pode olvidar, ainda que se o magistrado responsável pela homologação do ANPP não concordar com os termos de determinado acordo ou entender que a lei não permite seu oferecimento no caso concreto, levando à sua rejeição, o investigado terá perdido boa parte de seu poder de barganha em relação ao novo acordo a ser celebrado com o Ministério Público. Uma vez que o delito estará confessado, o investigado estará em prejuízo para negociar um novo acordo com o órgão de acusação.

Em relação à controvérsia da natureza do acordo de não persecução penal, este artigo demonstrou que, assim como outros institutos da justiça penal negocial previstos na lei brasileira, a maior parcela dos autores entende não se tratar de direito subjetivo do investigado. Apesar de não ter se posicionado especificamente a respeito do ANPP, o Supremo Tribunal Federal entende que os institutos penais negociais da transação penal e da suspensão condicional também não significam direito subjetivo do investigado.

Embora o artigo 28-A, §14º, do Código de Processo Penal demonstre que o promotor que se recusa a oferecer o ANPP não detém a palavra final sobre a matéria, pois o dispositivo prevê a possibilidade de que investigado requeira ao órgão superior do Ministério Público o oferecimento do acordo, não existe possibilidade de controle judicial de tal decisão. Logo, o ANPP continuará dentro da esfera de análise do próprio *parquet*. Pode-se concluir que o ANPP se insere dentro de uma zona de discricionariedade do Ministério Público.

Ao contrário do que afirmam alguns autores, a legislação não elenca apenas requisitos objetivos e estanques para o juízo de cabimento do acordo de não persecução penal. Ao invés, o Código de Processo Penal afirma que o ANPP somente será celebrado se suficiente e proporcional à punição do crime em concreto.

Além disso, a redação do artigo que prevê o mecanismo no CPP escolhe o verbo “poder” para regular a atuação do órgão acusador. No mesmo sentido, a parte final do *caput* expõe que o titular da ação penal deve avaliar a eficiência e aptidão do acordo como resposta suficiente ao delito.

Por fim, este artigo abordou a possibilidade de celebração do ANPP em crimes culposos com resultados graves, como lesão corporal, em face da vedação de oferta do acordo quando os delitos possuírem violência e grave ameaça. A exposição de opiniões colacionada demonstrou que, a partir dos conceitos de dolo e culpa que prevalecem no direito penal pátrio, junto com a literalidade do 28-A do Código de Processo Penal, o legislador procurou proibir apenas os delitos dolosamente violentos. Contudo, o fez sem retirar do Ministério Público a faculdade de não oferecer o acordo caso entenda que ele, o negócio, não se coaduna com as consequências do delito.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Cavalcanti de. Natureza jurídica da transação penal e efeitos decorrentes. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 18 n. 8 ago. 2006. Disponível em: <https://www.jfpe.jus.br/JFPE/Biblioteca%20Juizes%20que%20atuaram%20na%20JFPE/Biblioteca_Juizes_que_atuaram_na_JFPE/2021/05/12/20210512NaturezaRevTRF1n82006.PDF>. Acesso em: 08 set. 2023.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 set. 2023

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2023

_____. *Código Penal*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil03/decretolei/del2848compilado.html>>. Acesso em: 08 ago. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 468161*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2329765>>. Acesso em: 10 fev. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 129346*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4807922>>. Acesso em: 10 fev. 2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. V. 1. São Paulo: SaraivaJur, 2012.



CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal: à luz da Lei 13.964/2019. (Pacote Anticrime)*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

GARCIA, Emerson. O acordo de não persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 68, abr./jun. 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de Processo Penal Comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GNCCRIM. *Enunciados Interpretativos da Lei 13.964/2019 Lei Anticrime*. Disponível em: <https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023

GRECO, Rogério. *Direito Penal Estruturado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

ROZAS, Luiza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, a. 20, n. 47.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; OLIVEIRA, Marlus de. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim IBCRIM*, v. 29, n. 344, p. 26-28, jul. 2021.

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. *Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniaao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>>. Acesso em: 20 ago. 2023

MATTOS, Saulo. Acordo de não persecução penal: uma novidade cansada. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, ano 3, n. 7, p. 20, fev. 2020. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2020/03/TRINCHEIRA-FEVEREIRO-2019.2.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2023

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

SOUZA, Renee do Ó. *A opção político-criminal do Acordo de Não Persecução Penal como instrumento de segurança pública*. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Renee+do+%C3%93+Souza.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2023

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PSICOPATA: SEMI-IMPUTÁVEL OU IMPUTÁVEL?

Matheus Rizzo da Silva Linhares da Fonseca

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida

Resumo – A presente pesquisa busca discorrer sobre os elementos da teoria tripartida do crime para demonstra o porquê dos psicopatas, que possuem uma peculiar característica de não sentir emoção, não devem ser considerados semi-imputáveis ou inimputáveis e alertar acerca da necessidade de tratar esses indivíduos com maior seriedade diante da sua enorme capacidade de causar danos a sociedade.

Palavras-chave – Direito Penal. Psicopata. Imputabilidade.

Sumário – Introdução. 1. Breve histórico da evolução do entendimento acerca da psicopatia e a importância de reconhecer um psicopata logo no início da prática de seus crimes. 2. Estudo acerca da culpabilidade e a razão pela qual os psicopatas não são inimputáveis ou semi-imputáveis. 3. A responsabilização penal dos psicopatas no ordenamento jurídico brasileiro e em outros países do mundo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a figura do psicopata no direito brasileiro, analisando sua culpabilidade, que é um dos elementos da teoria tripartida do crime, com ênfase na semi-imputabilidade e imputabilidade.

Apesar de não ser uma figura comum, o Brasil presencia algumas situações envolvendo esses indivíduos. Como exemplo, tem-se o Chico Picadinho, Maníaco do Parque, O Vampiro de Niterói e O Maníaco da Cruz.

Atualmente, não há um tratamento específico. Os Tribunais Superiores possuem decisões tratando o psicopata como um indivíduo semi-imputável, ou seja, julga-se que ele não tem plena noção de seus atos. O problema disso, é a possibilidade de redução de pena presente no Código Penal para os semi-imputáveis.

Segundo os estudiosos do tema, esse indivíduo tem ciência, mas é incapaz de sentir empatia ou remorso e, em casos mais graves, é uma pessoa extremamente violenta. Não há, até o presente momento, uma forma de curar a psicopatia e, não dar o tratamento adequado a essa situação, torna-se inevitável uma reincidência.

Como exemplo do que foi explanado, Francisco da Costa Rocha, mais conhecido como Chico Picadinho, assassinou duas mulheres nas décadas de 60 e 70 e foi preso. Após cumprir pena, foi solto e matou outra mulher, com o mesmo modus operandi, sendo novamente preso.

Em 2017, a defensoria pediu sua soltura, mas até então nenhum médico o considerou apto a viver em sociedade, ficando claro que essas pessoas não podem ter o mesmo tratamento

de outras que não ostentam essa qualidade ou das que são incapazes de entender plenamente seus atos.

O presente trabalho aborda a temática da culpabilidade do psicopata, visando demonstrar que o enquadramento equivocado desse indivíduo, quanto a sua capacidade de discernimento em relação ao crime praticado, pode o colocar em liberdade, contribuindo com a prática de novos crimes, dada a incapacidade de alterar o quadro da psicopatia, o que afeta diretamente a sociedade. Conseqüentemente, há uma deformação da aplicação do art. 26 do CP, que é direcionado a pessoas que não tenham ciência alguma de seus atos ou que não são inteiramente capazes de compreender suas atitudes.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as características de um psicopata, trazendo a evolução do conceito de psicopatia buscando evitar equívocos quanto sua responsabilização penal, assim como a importância de reconhecer esses indivíduos no início das práticas criminosas para evitar a multirreincidência.

Após, é analisada a figura da culpabilidade, dando ênfase na imputabilidade e semi-imputabilidade, para assim esclarecer o porquê dos psicopatas não se enquadrarem na figura das pessoas semi-imputáveis ou inimputáveis e a indevida aplicação do art. 26 do CP.

Por fim, no terceiro capítulo, é apresentada a forma que os tribunais brasileiros e de outros países tratam essa figura, assim como a necessidade de um tratamento especializado e não uma aplicação genérica do Direito Penal.

A abordagem da pesquisa é qualitativa, dado que são examinados estudos já existentes por médicos e psiquiatras. Para tanto, o pesquisador vai se valer de bibliografias pertinentes a matéria, como legislação, artigos, doutrina e jurisprudência.

1. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO ACERCA DA PSICOPATIA E A IMPORTÂNCIA DE RECONHECER UM PSICOPATA LOGO NO INÍCIO DA PRÁTICA DE SEUS CRIMES

O psicopata vive no meio das pessoas, se parece com elas, mas são desprovidos de uma característica especial: a consciência.¹ Consciência não no sentido de ter ciência dos atos praticados, mas, segundo a dra. Ana Beatriz Barbosa Silva, de um sexto sentido, que é essencialmente baseado na compaixão e na verdadeira prática do amor².

¹SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo S.A, 2018, p. 40.

²*Ibid.*, p. 35.

Esses indivíduos são capazes de compreender os seus atos, mas apresentam falta de empatia ou remorso quando machucam, seja física ou mentalmente, e até mesmo quando matam. A médica e professora Ana Beatriz, especialista no assunto, os conceitua da seguinte forma:

[...] os psicopatas, em geral, são indivíduos frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados, mentirosos, sedutores e visam apenas o próprio benefício. São incapazes de estabelecer vínculos afetivos ou de se colocarem no lugar do outro. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos. Em maior ou menor nível de gravidade, e com formas diferentes de manifestar os seus atos transgressores, os psicopatas são verdadeiros predadores sociais, em cujas veias e artérias corre um sangue gélido [...]³.

Em que pese hoje já saber que eles são capazes de ter plena noção de suas atitudes, nem sempre foi assim, a começar da própria nomenclatura que significa doença da mente (do grego *psyche* = mente; *pathos* = doença). No século XIX, era usada pela literatura médica para designar doentes mentais de um modo amplo⁴.

Phillipe Pinel⁵, médico francês, descreveu esses indivíduos como “mania sem delírio”, ou seja, pacientes violentos que entendiam o caráter irracional de suas ações, não sendo considerados delirantes.

Foi observado que muitos criminosos cruéis não possuíam nenhum nível de loucura, contrariando o entendimento da época que os indivíduos com problemas mentais eram psicopatas. A partir dessa observação, iniciou-se a chamada tradição clínica da psicopatia, que se baseava em estudos de casos, entrevistas e observação.⁶

Para o alemão Kurt Schneider⁷, a personalidade psicopática seria um subtipo das personalidades anormais. Não comparava com enfermidades ou malformação, tratava como um ser antissocial devido a aversão pelas regras sociais. Eles possuem uma dissimulação, fazendo com que passem despercebidos, conseguindo sobreviver na sociedade.

Em 1941, foi publicada a primeira edição do livro *A máscara da sanidade*, do professor de psiquiatria clínica no Medical College da Geórgia, em Augusta, Estados Unidos, Hervey Cleckley.

³ *Ibid.*, p. 43.

⁴ HENRIQUES, Rogério Paes. *De H. Cleckley ao DSM-IV-TR: a evolução do conceito de psicopatia rumo à medicalização da delinquência*. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rlpf/a/5LNc537y53fc78vhYDRHffN/?lang=pt>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

⁵ AMARAL, Gabriella. *Personalidade psicopática: implicação no âmbito do direito penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60784/personalidade-psicopatica-implicacao-no-ambito-do-direito-penal>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

⁶ GARDENAL, Izabela Barros; COIMBRA, Mário. *Evolução histórica da psicopatia na sociedade*. Disponível em: <<https://izabelabgardenal.jusbrasil.com.br/artigos/604499552/evolucao-historica-do-psicopata-na-sociedade#:~:text=O%20conceito%20de%20psicopatia%2C%20origin%C3%A1rio,apresentavam%20nenhum%20tipo%20de%20loucura%2C>>. Acesso em: 30 mar. 2023.

⁷ AMARAL, *op. cit.*

Nele, o professor estudou psicopatas que passaram por seu consultório ou que ficaram internados em centros nos quais ele trabalhou. Chegou à conclusão de que esses indivíduos possuem uma deficiência básica emocional. Esta consiste na dificuldade de aceitar e se integrar as normas sociais, éticas, legais e morais da sociedade⁸.

Hervey delimitou dezesseis características da psicopatia e afirmou que não necessariamente elas seriam cumulativas. Afastou a psicopatia da pura criminalidade e deu ênfase aos aspectos interpessoais e afetivos⁹.

Os psicopatas passam uma impressão de serem pessoas cultas, tendo um forte poder de convicção e manipulação, mas em uma situação na qual uma pessoa normal sentiria estresse ou nervosismo, eles permanecem calmos, sem ansiedade.

O estudo aprofundado do professor foi a base para o que futuramente seria chamado de a regra de ouro na investigação da psicopatia, a Psychopathy Checklist – Revised (PCL-R) (Escala de Avaliação de Psicopatia de Hare – Revisada)¹⁰.

O PCL-R, teste de psicopatia de Robert Hare, doutor em psicologia e professor da Universidade de Colúmbia Britânica¹¹, é atualmente o instrumento de referência internacional, no qual são usados vinte itens para analisar se aquele indivíduo tem o perfil típico de um psicopata, assim como sua inclinação para violência.

Ele traz uma diferença entre o sociopata e o psicopata. Os primeiros são uma combinação de fatores biológicos, genéticos e socioambientais, enquanto nos segundos, o distúrbio se origina no próprio meio social, eles aprenderam¹².

A psicopatia, até os dias atuais, é entendida como transtorno antissocial. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a psicopatia aparece como transtorno de personalidade dissocial, estando registrada na CID-10 sob o código F60.2 e pelo Manual de Estatístico de Transtornos Mentais 5 (DSM-V), é definida com personalidade antissocial¹³. Eles, como já foi dito, por não obedecerem as regras e costumes da sociedade na qual estão inseridos, não conseguem se adaptar as relações sociais cotidianas¹⁴, tendo uma conduta antissocial.

⁸HINAREJOS, Isabel Monzonís. *Hervey Cleckley, o pai da psicopatia*. Disponível em: <<https://amenteemaravilhosa.com.br/hervey-cleckley-o-pai-da-psicopatia/>>. Acesso em 30 mar. 2023.

⁹GARDENAL; COIMBRA, *op. cit.*

¹⁰ABDALA FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Liseux E. de Borba. *Psiquiatria forense de taborda*. Rio Grande do Sul. Artmed, 2016, p. 729.

¹¹SABATER, Valeria. *Teste de psicopatia de Robert Hare (PCL-R)*. Disponível em: <<https://amenteemaravilhosa.com.br/teste-de-psicopatia-de-robert-hare/>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

¹²GARDENAL; COIMBRA, *op. cit.*

¹³CALÓ, Fábio Augusto. *Psicopatia: o que é, como identificar e quais os sinais*. Disponível em: <<https://inpaonline.com.br/blog/psicopatia-o-que-e-como-identificar-e-quais-os-sinais/>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

¹⁴AMARAL, *op. cit.*



Ao trata-los como criminosos normais, eles cumprirão pena e voltarão a praticar os mesmos crimes, da mesma forma. Pior seria considera-los semi-imputáveis e aplicar a redução de pena do parágrafo único do art. 26, do Código Penal.

Como exemplo, há o Francisco da Costa Rocha, que à época do fato, com 24 anos, encontrou uma mulher dentro de um bar no centro da capital paulista e a convidou para ir a seu apartamento, na Rua Aurora.

Durante o encontro, Francisco não aceitou o fato da moça não ter permitido certas situações e a enforcou com um cinto. Após, a esquartejou com uma gilete, além de ter proferido diversos golpes contra seu corpo, constatado posteriormente com a perícia.

Com o fim da execução, exausto, dormiu. Quando acordou no dia seguinte, contou ao seu colega, com quem dividia um quarto, que havia uma pessoa morta no apartamento. Francisco foi preso um pouco depois, sem resistir.

Condenado por dezoito anos de reclusão, ficou preso por oito. Quase três anos depois de sair da cadeia, matou novamente outra mulher de forma muito semelhante a primeira. Chegou a fugir, mas logo após foi preso.

Condenado novamente, cumpriu integralmente a pena e, além dela, ficou mais vinte anos preso, enquanto a justiça decidia o que fazer. Hoje, ele vive em um hospital psiquiátrico em Taubaté¹⁵.

É importante que o indivíduo, quando preso, a depender do modo que foi o crime, passe por uma análise da possibilidade dele ser um psicopata ou não, assim como a possibilidade de reincidência. Diante da incapacidade de se submeterem as normas sociais, os psicopatas possuem elevadas chances de cometerem um crime novamente.

2. ESTUDO ACERCA DA CULPABILIDADE E A RAZÃO PELA QUAL OS PSICOPATAS NÃO SÃO ININPUTÁVEIS OU SEMI-INPUTÁVEIS

A culpabilidade é o terceiro elemento da teoria tripartida do crime e, segundo Greco, “é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente¹⁶.”

¹⁵MAGALHÃES, Gladys. Memória: Chico Picadinho, o esquartejador de mulheres. *Gazeta de S. PAULO*. São Paulo. Disponível em: <<https://www.gazetasp.com.br/noticias/memoria-chico-picadinho-o-esquartejador-de-mulheres/1088340/>>. Acesso em 30 mar. 2023.

¹⁶GRECO, Rogério. *Direito Penal estruturado*. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 81.



Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo conceituam como “juízo de reprovação do agente por ter praticado um fato típico e ilícito, quando podia entender o caráter ilícito deste fato e, assim, se motivar a agir conforme o direito.”¹⁷.

Na última fase da teoria do crime se estuda a capacidade do agente em ter ciência do delito praticado, se ele é imputável e se era possível que agisse de forma diversa.

A culpabilidade passou por uma evolução de entendimento. No final do século XIX, a culpabilidade era vista como a ligação do agente ao fato ilícito e, por esse motivo, esse entendimento foi denominado de teoria psicológica da culpabilidade¹⁸. Ainda nesta, a vontade do agente era despida de finalidade, sendo está verificada na culpabilidade, tendo a culpa e dolo como espécies da culpabilidade e a imputabilidade como pressuposto da culpabilidade¹⁹.

No início do século XX, tem-se a teoria psicológica-normativa que acrescentou ao campo da culpabilidade a exigibilidade de conduta diversa, que segundo Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo “(...) é o juízo de censura que seja faz ao autor do fato (...)”²⁰.

Por fim, tem-se a teoria normativa pura que, ao contrário da teoria psicológica que se desenvolveu segundo a concepção clássica do delito, dividindo a ação humana em aspecto subjetivo (culpabilidade) e objetivo (fato típico e ilícito), a teoria normativa pura tem fundamento na teoria finalista da ação que considera que toda conduta é dirigida para uma finalidade, retirando o querer interno/finalidade, da culpabilidade, retirando o dolo e culpo da culpabilidade e colocando no fato típico. Com essa teoria, a consciência da ilicitude, que era o elemento normativo do dolo, é desmembrado deste e passa a ser o terceiro elemento da culpabilidade. Os elementos da culpabilidade, para essa teoria são: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude.

Para a presente pesquisa, a discussão é em relação ao primeiro elemento da culpabilidade, que é a imputabilidade, ou seja, atribuição de capacidade para o agente ser responsabilizado criminalmente²¹. Muito se discute quanto à possibilidade dos psicopatas terem ciência ou não dos seus fatos. Caso eles não tenham ciência alguma, eles serão inimputáveis e, como consequência, a sentença é absolutória imprópria, sendo aplicada uma medida de

¹⁷SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal: parte geral*. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 303.

¹⁸GRECO, *op. cit.*, p. 82.

¹⁹SALIM; AZEVEDO, *op. cit.*, p. 304.

²⁰*Ibid.*

²¹*Ibid.*, p. 307.

segurança. Aos semi-imputáveis é aplicado redução de pena ou medida de segurança, na forma do art. 26, parágrafo único do CP²².

Alexandre Salim e Marcelo André Azevedo apresentam três sistemas que buscam definir a imputabilidade. O primeiro, é o sistema biológico ou etiológico. Para este, será inimputável quem possuir doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardo, desconsiderando a possibilidade deste fato ter afetado ou não a sua capacidade de entendimento. Esse primeiro entendimento é aplicado de forma excepcional para os menores de 18 anos, pois mesmo que eles tenham ciência de seus atos, por serem considerados pessoas em desenvolvimento, são considerados inimputáveis, conforme art. 27 do Código Penal²³ e art. 228 da Constituição Federal de 1.988²⁴.

O segundo sistema é o psicológico que levará em conta tão somente se, no momento que o agente praticou a conduta, era capaz de entender o caráter ilícito, não levando em consideração a causa do não entendimento do agente.

Por fim, o sistema biopsicológico ou misto, que foi adotado pelo art. 26 do CP. Ao contrário do segundo, será analisada a anomalia psíquica e se, decorrente desta, o agente era incapaz de entender o caráter ilícito.

A semi-imputabilidade não é excludente da imputabilidade, dado que o agente tem uma determinada capacidade de entender, mas como esta não é plena, o Código Penal permite redução de pena ou aplicação de uma medida de segurança que se limita ao prazo máximo de três anos.

O psicopata não se enquadra nessas duas hipóteses e um fato que corrobora com esse equívoco é que o próprio termo psicopata pode trazer um equívoco, dado que quando traduzido do grego, significa literalmente doença da mente. A médica Ana Beatriz Barbosa Silva explica que o problema deles não está na capacidade de entender seus atos, pois isso eles sabem, mas na capacidade de sentir emoções, então eles machucam ou enganam sem ter qualquer tipo de remorso.

(...) No entanto, em termos médico-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional de doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos nem apresentam algum tipo de desorientação. Também não sofrem delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como depressão ou o pânico, por exemplo).

²²BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 set. 2023

²³BRASIL, *op. cit.*, nota 22.

²⁴BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 set. 2023

Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de uma mente adoecida, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar outras pessoas como seres humanos pensante e com sentimentos. (...) ²⁵.

Tratar um psicopata como um prisioneiro comum fará com que aquele receba os benefícios do artigo supramencionado, saia precocemente e volte a praticar delitos, diante da sua característica perversa e de desprezo humano ²⁶.

Para ilustrar o que foi dito, tem-se o famoso caso do Chico Picadinho, que matou brutalmente, em 1966, uma mulher em seu apartamento, foi preso e antes do tempo final de sua pena foi solto, dado que teve bom comportamento na prisão. Quando voltou às ruas, matou outra mulher, em 1976, dois anos depois de ser solto, de forma semelhante a primeira. Foi restrito de sua liberdade novamente e se encontra internado até os dias atuais. Já está preso a mais tempo do que o permitido em lei, mas os exames periciais demonstram que ele continua sendo uma ameaça a sociedade. ²⁷

Não reconhecer a essência de um psicopata, acarretará uma aplicação deturpada do parágrafo único do art. 26 ²⁸, que prevê uma redução de pena a quem não tinha plenas condições de entender o caráter ilícito e, como consequência, pessoas que não tem as mínimas condições de voltar a conviver em sociedade vão continuar praticando crimes bárbaros e quem sofrerá é a população.

3. A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS PSICOPATAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E EM OUTROS PAÍSES DO MUNDO

Como apresentado anteriormente, segundo o conceito analítico do crime, este ocorre quando o fato praticado é típico, ilícito e culpável. Na ausência de qualquer desses três elementos da teoria tripartida, não há crime.

A grande dúvida em relação ao tema não diz respeito a tipicidade ou ilicitude, mas a culpabilidade, que é o último elemento da teoria a pouco mencionada.

Dentro do instituto da culpabilidade são analisados três elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude, decorrentes da teoria normativa pura da culpabilidade.

²⁵SILVA, *op. cit.*, p. 43

²⁶*Ibid.*, p.180.

²⁷*Ibid.*, p189.

²⁸BRASIL, *op. cit.*, nota 22.

A potencial consciência da ilicitude não diz respeito a falta de conhecimento da lei, mas a possibilidade que o agente tem de conhecer a ilicitude da conduta, ou seja, que aquele ato não encontra respaldo no ordenamento jurídico²⁹. A falta de conhecimento da lei, no ordenamento jurídico vigente é considerada uma circunstância atenuante, conforme artigo 65, II do CP³⁰.

A exigibilidade de conduta diversa, conforme explica Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo, é a análise acerca da possibilidade do agente ter agido de uma forma diferente³¹.

Portanto, é seguro afirmar que o psicopata preenche os dois requisitos da culpabilidade³², dado que ele sabe o teor ilícito de seus atos e não pratica estes sob a coação de alguém.

Quanto a imputabilidade, não há um consenso em qual lugar enquadrar esses indivíduos e, além disso, como não há uma forma específica de lidar com eles, também não se sabe o que fazer na hipótese de uma condenação.

O art. 26, caput e parágrafo único do Código Penal³³ dizem respeito, respectivamente, aos inimputáveis e semi-imputáveis. Como já foi dito oportunamente, a diferença entres esses dois institutos está na capacidade de compreensão do fato praticado. No primeiro, há uma incapacidade de compreender o fato criminoso, enquanto no segundo, o indivíduo não é capaz de entender, inteiramente, o caráter ilícito.

Os psicopatas não se enquadram nessas duas figuras pois não possuem qualquer lesão cerebral que o torne incapaz, seja totalmente ou parcialmente, de entender o caráter ilícito do ato³⁴. O que ocorre é o inverso, eles são altamente racionais e escolhem seguir, de maneira objetiva, o caminho que o leva a sobrevivência e ao prazer³⁵.

No Brasil, como não é dada a devida importância ao tema, quando aparece uma pessoa que comete uma sequência de crimes brutais, não se sabe o que fazer. Em países como nos Estados Unidos, a questão é tratada com uma maior seriedade, pois eles buscam descobrir desde o início, se o preso possui características de um psicopata.

²⁹SALIM; AZEVEDO, *op. cit.*, p. 314.

³⁰BRASIL, *op. cit.*, nota 22.

³¹SALIM; AZEVEDO, *op. cit.*, p. 316

³²NUNES, Rafaela Pacheco; SILVA, Roberta Christie P.; LIMA, Érica Fontenele Costa; JESUÍNO, Filipe de Menezes. *A psicopatia no direito penal brasileiro: respostas judiciais, proteção da sociedade e tratamento adequado aos psicopatas – uma análise interdisciplinar*. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-9.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2023

³³BRASIL, *op. cit.*, nota 22

³⁴SILVA, *op. cit.*, p. 234.

³⁵*Ibid.*, p.233.

O método usado é o denominado “Psychopathy checklist” ou PCL-R, já mencionado anteriormente, que é composto por um teste com vinte itens que tenta analisar se esse sujeito possui as características ou não³⁶.

O FBI, por meio de estudos realizados, percebeu que alguns psicopatas não começam matando pessoas. A vida pregressa de alguns desses indivíduos começa muito antes, quando desde a infância eles matam animais. Há a percepção que se identificar logo no início e tratá-los de uma forma diferenciada, permite-se uma aplicação de pena mais eficaz diminuindo as chances de uma reincidência³⁷.

No Brasil, é possível pegar o exemplo de um indivíduo considerado como psicopata que começou matando animais. O Pedro Rodrigues Filho, conhecido como Pedrinho matador, cresceu no interior de Minas matando macacos. Caso a polícia tivesse analisado esse fato com mais rigor, poderia ter evitado as inúmeras vítimas que ele fez.

Além da forma de buscar lidar com a situação desde o início, a punição também é distinta. Há países como a Alemanha, Suécia e Dinamarca que aplicam hormônios femininos nesses indivíduos visando reduzir o nível da testosterona e, em decorrência disto, a libido sexual³⁸.

Outro mecanismo é a criação de leis específicas, como ocorre em vários estados dos Estados Unidos e no Canadá. Esses países chegaram a uma conclusão que o legislador brasileiro ainda não chegou. Psicopatas, diante de sua incapacidade de sentir emoção, diante desta peculiar característica, não pode ter um tratamento igual aos demais indivíduos que cometem crime, pois será ineficaz.

Esses países possuem a previsão de prisão perpétua com cela isolada³⁹. Contudo, muitas das medidas mais rigorosas esbarram no ordenamento jurídico brasileiro que, no art. 5º, XLVII, alínea b, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁰, veda a prisão perpétua, tendo como o teto máximo quarenta anos de reclusão, conforme art. 75 do Código Penal⁴¹.

³⁶SABATER, *op. cit.*

³⁷OLIVEIRA, Priscyla. *Direito comparado e a punibilidade do psicopata homicida*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44929/direito-comparado-e-a-punibilidade-do-psicopata-homicida>>. Acesso em 14 set. 2023.

³⁸*Ibid.*

³⁹*Ibid.*

⁴⁰BRASIL, *op. cit.*, nota 23.

⁴¹*Ibid.*



É de suma importância parar de tratar o psicopata como uma pessoa incapaz ou como um preso comum, pois a aplicação do Direito Penal não será eficaz e a sociedade é afetada diretamente.

No ordenamento pátrio, a prisão possui a função de, além de punir e prevenir o crime, ressocializar o indivíduo. Não há um método eficiente capaz de mudar a forma que o psicopata trata os outros e o mundo ao seu redor, então a sua ressocialização se torna impossível, conforme salienta a Dr. Ana Beatriz Barbosa Silva.

(...) De mais a mais, só é possível ajudar aqueles que de fato querem ajuda. Os psicopatas, além de achar que não tem problemas, não esboçam nenhum desejo de mudança para se ajustarem ao padrão socialmente aceito. Julgam-se autos-suficientes, são egocêntricos, e suas ações predatórias são absolutamente satisfatórias e recompensadoras para eles mesmo. Mudar para quê? (...).⁴²

Há um reconhecimento da ineficácia dos instrumentos legais disponíveis, tendo os tribunais buscado medidas alternativas, dentro do arcabouço legal, para não deixar a sociedade vulnerável. Uma dessas medidas tem sido a interdição civil desses indivíduos, como pode ser observado no REsp 1306687 / MT.

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERDIÇÃO. CURATELA. PSICOPATA. POSSIBILIDADE.

(...)

4. A psicopatia está na zona fronteira entre a sanidade mental e a loucura, onde os instrumentos legais disponíveis mostram-se ineficientes, tanto para a proteção social como a própria garantia de vida digna aos sociopatas, razão pela qual deve ser buscar alternativas, dentro do arcabouço legal para, de um lado, não vulnerar as liberdades e direitos constitucionalmente assegurados a todos e, de outro turno, não deixar a sociedade refém de pessoas, hoje, incontroláveis nas suas ações, que tendem à recorrência criminosa.

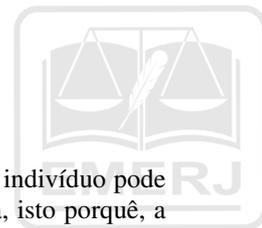
5. Tanto na hipótese do apenamento quanto na medida socioeducativa - ontologicamente distintas, mas intrinsecamente iguais - a repressão do Estado traduzida no encarceramento ou na internação dos sociopatas criminosos, apenas postergam a questão quanto à exposição da sociedade e do próprio sociopata à violência produzida por ele mesmo, que provavelmente, em algum outro momento, será replicada, pois na atual evolução das ciências médicas não há controle medicamentoso ou terapêutico para essas pessoas.

6. A possibilidade de interdição de sociopatas que já cometeram crimes violentos deve ser analisada sob o mesmo enfoque que a legislação dá à possibilidade de interdição - ainda que parcial - dos deficientes mentais, ébrios habituais e os viciados em tóxicos (art. 1767, III, do CC-02).

7. Em todas essas situações o indivíduo tem sua capacidade civil crispada, de maneira súbita e incontrolável, com riscos para si, que extrapolam o universo da patrimonialidade, e que podem atingir até a sua própria integridade física sendo também ratio não expressa, desse excerto legal, a segurança do grupo social, mormente na hipótese de reconhecida violência daqueles acometidos por uma das hipóteses anteriormente descritas, tanto assim, que não raras vezes, sucede à interdição, pedido de internação compulsória.

8. Com igual motivação, a medida da capacidade civil, em hipóteses excepcionais, não pode ser ditada apenas pela mediana capacidade de realizar os atos da vida civil, mas, antes disso, deve ela ser aferida pelo risco existente nos estados crepusculares de qualquer natureza, do interditando, onde é possível se avaliar, com precisão, o

⁴²SILVA, *op. cit.*, p. 239.



potencial de auto-lesividade ou de agressão aos valores sociais que o indivíduo pode manifestar, para daí se extrair sua capacidade de gerir a própria vida, isto porquê, a mente psicótica não pendula entre sanidade e demência, mas há perenidade etiológica nas ações do sociopata.

9. A apreciação da possibilidade de interdição civil, quando diz respeito à sociopatas, pede, então, medida inovadora, ação biaxial, com um eixo refletindo os interesses do interditando, suas possibilidades de inserção social e o respeito à sua dignidade pessoal, e outro com foco no coletivo - ditado pelo interesse mais primário de um grupo social: a proteção de seus componentes -, linhas que devem se entrelaçar para, na sua síntese, dizer sobre o necessário discernimento para os atos da vida civil de um sociopata que já cometeu atos de agressão que, in casu, levaram a óbito três pessoas.

10. A solução da querela, então, não vem com a completa abstração da análise da capacidade de discernimento do indivíduo, mas pela superposição a essa camada imediata da norma, da mediata proteção do próprio indivíduo e do grupo social no qual está inserido, posicionamento que encontrará, inevitavelmente, como indivíduo passível de interdição, o sociopata que já cometeu crime hediondo, pois aqui, as brumas da dúvida quanto à existência da patologia foram dissipadas pela violência já perpetrada pelo indivíduo.

11. Sob esse eito, a sociopatia, quando há prévia manifestação de violência por parte do sociopata, demonstra, inelutavelmente, percepção desvirtuada das regras sociais, dos limites individuais e da dor e sofrimento alheio, condições que apesar de não infirmarem, per se, a capacidade do indivíduo gerenciar sua vida civil, por colocarem em cheque a própria vida do interditando e de outrem, autorizam a sua curatela para que ele possa ter efetivo acompanhamento psiquiátrico, de forma voluntária ou coercitiva, com ou sem restrições à liberdade, a depender do quadro mental constatado, da evolução - se houver - da patologia, ou de seu tratamento.

12. Recurso especial provido.⁴³

Apesar da presente decisão do Superior Tribunal de Justiça, o Brasil ainda trata do tema de forma muito tímida, dado que não há um procedimento de diagnóstico para a psicopatia antes de conceder solicitações de benefícios ou redução de penas, por exemplo.

A presença desses procedimentos permite que os psicopatas fiquem presos por muito mais tempo e as taxas de reincidência de crimes violentos tendem a diminuir. Nos países onde a escala Hare (PCL) foi aplicada com essa finalidade, constatou-se uma redução de dois terços das taxas de reincidência nos crimes graves e violentos⁴⁴.

No Brasil, até houve tentativa de usar esses testes nos presídios e, além disso, a psiquiatra Hilda Morana, que foi responsável pela adaptação e validação do PCL no Brasil, tentou convencer os deputados a criar prisões especiais para eles. Apesar de ter virado projeto de lei, não foi aprovado⁴⁵.

É perigoso pensar que os psicopatas têm alguma forma de distorção da realidade e buscar sua ressocialização quando só quem sofre de fato é a sociedade.

⁴³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1306687*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?_gl=1*148v90j*_ga*OTA2NDIwNDI1LjE2MzAyNjI5NzU.*_ga_F31N0L6Z6D*MTY5NDcyNDMzMS4zMzY4xLjE2OTQ3MjQzNDMuNDguMC4w>. Acesso em 14 set. 2023

⁴⁴SILVA, *op. cit.*, p. 188.

⁴⁵*Ibid.*



CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar a necessidade de um tratamento específico em relação aos psicopatas para que, então, a sociedade não sofra as consequências decorrentes de omissões legislativas.

Verificou-se que, ante a ausência de empatia desses indivíduos e a inexistência de tratamentos conhecidos, a conjuntura penal atual não é capaz de lidar com eles de forma eficaz, fazendo com que o objetivo da prisão, que é punir, prevenir e, acima de tudo, ressocializar, seja esvaziado.

Restou demonstrado, ainda, por meio de um estudo de direito comparado, que países como Canadá e Estados Unidos buscam tratar com maior rigor os psicopatas, dado que estes são indivíduos frios, calculistas que não sentem remorso e sempre buscaram satisfazer seus prazeres. Diante dessa realidade, esses países buscam identificar um psicopata logo no início de sua vida criminosa, além de terem punições mais severas, como prisão perpétua ou até mesmo de morte, e, dessa forma, evita-se a reincidência de crimes tão graves.

Foi possível perceber que o Brasil precisa criar uma legislação própria aos criminosos que são portadores de psicopatia, diante de gravidade dos crimes cometidos por eles. Não dá para tratar esses indivíduos como semi-imputáveis ou preso comum. Negar essa realidade é não aprender com o passado, quando Francisco Costa Rocha, conhecido como Chico Picadinho, matou uma mulher de forma brutal e, após ser preso, ante ao seu bom comportamento dentro do presídio, teve progressão de regime e foi concedida a liberdade condicional. Como consequência, matou outra mulher de forma bem semelhante.

Esse indivíduo encontra-se privado de sua liberdade até hoje, mas já está há mais de quarenta anos preso e, segundo laudos médicos, não possui condições de voltar a vida em sociedade.

Por meio de presente trabalho, ficou evidente a insegurança jurídica que decorre da ausência de uma lei específica. Esta, proporciona a indivíduos com grau de periculosidade elevado, um tratamento justo, visando trazer uma segurança para toda a coletividade, para que ela deixe de ficar à mercê desses indivíduos sádicos e cruéis.

REFERÊNCIAS

ABDALA FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Liseux E. de Borba. *Psiquiatria forense de taborda*. Rio Grande do Sul. Artmed, 2016.

AMARAL, Gabriella. *Personalidade psicopática: implicação no âmbito do direito penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60784/personalidade-psicopatica-implicacao-no-ambito-do-direito-penal>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 mar. 2023.

Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1306687*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?_gl=1*148v90j*_ga*OTA2NDIwNDI1LjE2MzAyNjI5NzU.*_ga_F31N0L6Z6D*MTY5NDcyNDMzMS4zMzMy4xLjE2OTQ3MjQzNDMuNDguMC4w>. Acesso em 14 set. 2023

Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 462.893*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/611613021/decisao-monocratica-611613037>>. Acesso em: 28 fev. 2023.

CALÓ, Fábio Augusto. *Psicopatia: o que é, como identificar e quais os sinais*. Disponível em: <<https://inpaonline.com.br/blog/psicopatia-o-que-e-como-identificar-e-quais-os-sinais/>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

FAGUNDES, Gabriel. *Os brutais assassinatos de Chico Picadinho, que chocaram o país nas décadas de 60 e 70*. Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/os-brutais-assassinatos-de-chico-picadinho-que-chocaram-o-pais-nas-decadas-de-60-e-70.phtml>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

GARDENAL, Izabela Barros; COIMBRA, Mário. *Evolução histórica do psicopata na sociedade*. Disponível em:

<<https://izabelabgardenal.jusbrasil.com.br/artigos/604499552/evolucao-historica-do-psicopata-na-sociedade#:~:text=O%20conceito%20de%20psicopatia%2C%20origin%C3%A1rio,apresentam%20nenhum%20tipo%20de%20loucura%2C>>. Acesso em: 30 mar. 2023.

GARCIA, Sabrina Saturnino Braga. *Impasses da responsabilidade penal dos psicopatas à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. 2020. 16 f. Artigo científico (Pós-Graduação) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

HENRIQUES, Rogério Paes. *De H. Cleckley ao DSM-IV-TR: a evolução do conceito de psicopatia rumo à medicalização da delinquência*. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rlpf/a/5LNC537y53fc78vhYDRHffN/?lang=pt>>. Acesso em: 26 mar. 2023.



HINAREJOS, Isabel Monzonís. *Hervey Cleckley, o pai da psicopatia*. Disponível em: <<https://amenteemaravilhosa.com.br/hervey-cleckley-o-pai-da-psicopatia/>>. Acesso em 30 mar. 2023.

MAGALHÃES, Gladys. Memória: Chico Picadinho, o esquartejador de mulheres. *Gazeta de S. PAULO*. São Paulo. Disponível em: <<https://www.gazetasp.com.br/noticias/memoria-chico-picadinho-o-esquartejador-de-mulheres/1088340/>>. Acesso em 30 mar. 2023.

NUNES, Rafaela Pacheco; SILVA, Roberta Christie P.; LIMA, Érica Fontenele Costa; JESUÍNO, Filipe de Menezes. *A psicopatia no direito penal brasileiro: respostas judiciais, proteção da sociedade e tratamento adequado aos psicopatas – uma análise interdisciplinar*. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-9.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2023

OLIVEIRA, Priscyla. *Direito comparado e a punibilidade do psicopata homicida*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44929/direito-comparado-e-a-punibilidade-do-psicopata-homicida>>. Acesso em 14 set. 2023.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal: parte geral*. Salvador: JusPODIVM, 2021.

SABATER, Valeria. *Teste de psicopatia de Robert Hare (PCL-R)*. Disponível em: <<https://amenteemaravilhosa.com.br/teste-de-psicopatia-de-robert-hare/>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Globo S.A, 2018.

JUDICIALIZAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS EM FACE DA PANDEMIA DE COVID-19

Maurício Azevedo Silva Filho

Graduado pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Advogado.

Resumo – o presente artigo aborda o controverso tema da judicialização dos atos administrativos, dentro da perspectiva do constitucionalismo brasileiro. Considerando a celeuma política que vive o Brasil e os conflitos estabelecidos entre os Poderes constituídos, o presente artigo traz os aspectos relevantes acerca da característica intervencionista tomada pelo Poder Judiciário, abordando os limites a serem reconhecidos e fixados na atuação dos Poderes. A judicialização é fruto do contexto histórico da constitucionalização do direito administrativo e do consequente processo de judicialização, já que confiou-se no Judiciário para a análise do mérito administrativo, sob o simples argumento que não poderia lhe ser conferido um poder discricionário. Neste imbróglio que pretende este artigo adentrar, devem todos os elementos legais do ato administrativo ser analisados por Poder estranho à esfera executiva? O artigo pretende tratar do tema através de uma análise de decisões proferidas pelo STF relacionadas aos atos administrativos discricionários do executivo federal e o Covid-19, e compreender qual sua relação com a judicialização da política.

Palavras-chave – Controle judicial. Atos administrativos. Covid-19.

Sumário – Introdução. 1. O surgimento da judicialização e a posição do Poder Judiciário do Brasil contemporâneo. 2. A Separação de Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos. 3. Judicialização da Administração Pública em meio à pandemia de Covid-19, reconhecida pela OMS em 11 de março de 2020. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a judicialização dos atos administrativos, especificamente no durante a crise ocasionada pela Covid-19. Procura-se, através de uma análise científica, entender as divergências no que diz respeito a possibilidade do mérito administrativo ser subordinado a análise e modificação por parte do Estado-Juiz, que não detém o conhecimento e a proficiência necessários à avaliação, nos remete ao Princípio da Separação dos Poderes.

O ordenamento jurídico brasileiro confere à Administração Pública o poder de agir unilateralmente por meio dos atos administrativos, o que viabiliza a sua manifestação de vontade. No entanto, com o avanço da regulação econômico-social, um quantitativo maior de atos são questionados perante o Poder Judiciário, sobretudo no recente enfrentamento à pandemia de Covid-19, o que possibilita a reflexão acerca da redução da discricionariedade administrativa.

Diante das constantes transformações sociais e políticas do mundo, foram inseridos

inúmeros direitos sociais genéricos e indeterminados na Constituição Federal de 1988, o que ampliou a legitimidade de atuação do Poder Judiciário e abriu espaço para o surgimento da judicialização da política e para o ativismo judicial.

Para melhor compreensão do tema, busca-se, através da análise da atuação dos tribunais, mensurar o ponto limítrofe da atividade jurisdicional, para que não interfira na vontade dos administradores públicos, à luz do Princípio da Separação de Poderes.

Nessa toada, questão de relevo foi o enfrentamento à Covid-19, em que os entes federativos atuaram em busca da ampliação da capacidade dos hospitais, compra de insumos e equipamentos, adotaram políticas de isolamento social e iniciaram as tratativas de compra e produção de vacinas. Nessa perspectiva, é certo que diversos atos administrativos foram praticados e, da mesma forma, o controle judicial foi intenso.

Acerca do tema, vale dizer que é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, já que, embora o Poder Judiciário tenha um papel fundamental, a discricionariedade dos atos administrativos tem o condão de atender aos anseios sociais.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a abordagem do surgimento da judicialização e a posição do Poder Judiciário do Brasil contemporâneo. Busca-se, através da concepção do Estado contemporâneo e dos efeitos do neocostitucionalismo, entender o conceito e o surgimento do fenômeno da judicialização.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o Princípio da Separação de Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos. Sobre os institutos, infere-se que o Estado deve ser dividido em funções (legislativa, executiva e judiciária) exercidas por órgãos diferentes, de modo a formar um sistema de controle cruzado, mais conhecido como sistema de controle mútuo, freios e contrapesos ou *checks and balances*.

O terceiro capítulo trata da judicialização da Administração Pública em meio à pandemia de Covid-19, reconhecida pela OMS em 11 de março de 2020. Segundo o Painel de Ações da Covid-19, disponibilizado pelo Supremo Tribunal Federal, a corte já preferiu 15.565 decisões sobre o tema. Contudo, não é dúvida que algumas dessas decisões, relacionadas aos atos do executivo, foram controvertidas, uma vez que ocorreu, de certa maneira, a intervenção do segundo no primeiro, bem como ataques em sentido contrário.

A pesquisa é desenvolvida através do método indutivo e de uma revisão bibliográfica. Apresenta, brevemente, os principais tópicos da judicialização da política e da judicialização dos atos administrativos, seguido pelo procedimento do estudo de caso, em que se busca analisar algumas decisões. Assim, a ideia é apresentar um panorama geral sobre as judicializações, os institutos jurídicos aplicáveis e, por fim, explorar os julgados e os seus

reflexos.

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 SURGIMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO E A POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Com a evolução da ciência jurídica e a alteração de sua base jusfilosófica, o Poder Judiciário tem sido questionado, principalmente no que tange às limitações de seu poder e de sua atividade, em razão dos efeitos sistêmicos que sua atuação jurisdicional vem provocando. Nesse sentido, importa elucidar alguns pontos e estabelecer limites quanto as competência e as matérias que são de imprescindível análise e interferência dos juízes.

A discussão acerca da relação entre o direito e a política é longa. Se esses fenômenos devem ser separados ou complementados, é a grande questão abordada por inúmeros autores. Enquanto a política se baseia na soberania popular e no princípio majoritário de uma sociedade, o direito se ocupa das leis, resoluções de conflitos e concretude dos direitos fundamentais.

Sobre o tema, surge o debate acerca do neoconstitucionalismo, caracterizado pela releitura de institutos clássicos do constitucionalismo moderno em conjunto com a preocupação com a eficácia da Constituição. Com efeito, autores como Pedro Lenza¹ e Luís Roberto Barroso² denotam três grandes marcos que identificam o neoconstitucionalismo, quais sejam, marco histórico, filosófico e teórico.

O marco filosófico se configura no pós-positivismo, caracterizado pela aproximação do direito e da moral, do direito e outros domínios do conhecimento, para além da legalidade estrita, prevista pelo positivismo. O histórico, na formação de um Estado constitucional, a partir das redemocratizações, após a Segunda Guerra Mundial. O teórico, nas mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Com a concepção do Estado contemporâneo e os efeitos do neoconstitucionalismo, é patente a necessidade de um sistema de repartição de poderes que supra as atuais demandas da sociedade. Precisa-se de um Estado eficiente, capaz de dar concretude aos direitos fundamentais

¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

sociais garantidos no texto constitucional, já que o processo participativo, que decorre do caráter aberto da Constituição, permite aos litigantes a realização de interpretações do conteúdo dos direitos fundamentais.

Portanto, diante das constantes transformações sociais e políticas do mundo, prevalece o objetivo do bem estar social, o *welfare state*, marcado por uma legislação aberta, indeterminada e programática, em oposição ao antigo positivismo. No Brasil, foram inseridos inúmeros direitos sociais genéricos na Constituição Federal de 1988, o que ampliou a legitimidade de atuação do Poder Judiciário, uma vez que ficou a cargo dos Tribunais a interpretação da Constituição. De acordo com a doutrina:

Tal caráter indeterminado, nas controvérsias sobre a sua interpretação em casos concretos, põe o juiz na situação nova de um legislador implícito, com as naturais repercussões desse seu inédito papel na vida republicana e, particularmente, nas relações entre os Três Poderes.³

Entretanto, o *welfare state* ruiu em decorrência da crise fiscal provocada pela dificuldade de harmonizar os gastos públicos com o crescimento da economia capitalista. Assim, é certo que aumentam os litígios e demandas que podem ser resolvidos por um magistrado. Verifica-se, cada vez mais, um empoderamento do Poder Judiciário, uma vez que a população depende de uma força jurisdicional para resolver os problemas mais simples do cotidiano, surgindo, assim, a judicialização.

De acordo com Luis Roberto Barroso:

[...]judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral⁴.

Por se revestir de um caráter amplo e subjetivo, o conceito de judicialização encontra muita controvérsia no Brasil e no mundo. O fato é que a Constituição Federal de 1988 trata de temas amplos, como meio ambiente, saúde, trabalho, o que induz o Poder Judiciário a interferir em questões sociais e políticas relevantes.

Nessa perspectiva, é certo que, na judicialização, há o Judiciário decidindo sobre

³ BURGOS, M. B.; SALLES, P. M.; VIANNA, L. W. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2>. Acesso em: 10 abr. 2023..



matérias que deveriam ser objeto de discussão do Legislativo e/ou Executivo, configurando uma infusão de procedimentos e decisões judiciais nas arenas políticas. Como consequência, há a dilatação de um dos poderes, que, a cada intervenção, torna-se mais forte.

Acerca do tema, é certo que as funções típicas de legislar, administrar e julgar são atribuídas à órgãos próprios e devem ser exercidas primariamente pelo Poder correspondente, que deve aplicar o controle e fiscalização recíproca de maneira a coibir a hegemonia entre eles, garantindo a manutenção da ordem democrática. Embora todos os poderes possam exercer funções atribuídas aos outros de maneira secundária e atípica, todos devem reservar a sua atuação aos limites estabelecidos pela Constituição.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 37⁵, que o princípio da legalidade lastreia a Administração Pública e, por efeito, todos os atos imanes terão que se apoiar na norma. Na clássica definição de Hely Lopes Meirelles, “a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido”.⁶

Observa-se que o poder discricionário concedido legalmente à Administração Pública pelo legislador não implica na execução dos atos administrativos arbitrariamente. É necessário que o sujeito da Administração, ao executar um ato, se debruce sobre os princípios, regras e valores do ordenamento jurídico, sopesando as circunstâncias a fim de chegar a uma forma justa de execução do ato administrativo.

Surge, nesse contexto, a necessidade de se deixar certa margem de liberdade – que mais tarde se chamou de discricionariedade – para a Administração escolher dentre as várias possibilidades existentes aquela que mais coaduna com interesse público previsto em lei, sem que isso implique ofensa aos direitos individuais. Sendo assim, os atos administrativos devem efetivar o Direito, tendo como escopo a supremacia do interesse público sobre o privado.

Quanto à possibilidade do ato discricionário ser apreciado pelo Poder Judiciário, não diverge a doutrina. Há, contudo, divergências no que diz respeito a possibilidade do mérito administrativo ser subordinado a análise e modificação por parte do Estado-Juiz, que não detém o conhecimento e a proficiência necessários à avaliação da pertinência e o impacto gerado pelos atos na administração pública como um todo. Por esse motivo a Constituição Federal confere

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87.



diferente competências e atribuições aos entes.

Portanto, não pode haver decisão judicial que entre em conflito com a escolha do administrador, pois, dessa forma, o órgão judicante invadiria matéria de competência do Poder Executivo, afastando o princípio da tripartição dos poderes, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Além disso, o Judiciário baseia suas decisões através do método intelectual e a administração decide através do método volitivo, ambos incompatíveis entre si.

Por derradeiro, é vedado ao Poder Judiciário apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade, sendo este o limite do controle, quanto à extensão.

2. A SEPARAÇÃO DE PODERES E O SISTEMA DE “FREIOS E CONTRAPESOS”

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê a separação de poderes no seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.⁷

Independência significa que o cargo de uma pessoa em um órgão do governo não depende da confiança nem da vontade de outros órgãos; que não é necessário consultar, nem pedir autorização, a outros órgãos; e que os mesmos são livres, devendo apenas observar as disposições constitucionais. Já a harmonia, tem a ver com o trato recíproco e o respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito.

Portanto, a separação de poderes é o princípio básico de organização do Estado nas principais nações mundiais, ou pelo menos em todas aquelas em que predomina a democracia. Montesquieu⁸, referência primeira sobre o assunto, procurou em sua clássica obra "O Espírito das Leis" evitar o abuso de poder e garantir a liberdade dos indivíduos, através da teoria da tripartição dos poderes.

A teoria da tripartição dos poderes preconiza que o poder do Estado deve ser dividido em funções (legislativa, executiva e judiciária) e deve ser exercido por órgãos diferentes, de modo a formar um sistema de controle cruzado, mais conhecido como sistema de “controle mútuo”, “freios e contrapesos” ou “*checks and balances*”. Dessa forma, as funções típicas devem ser atribuídas primariamente pelo Poder correspondente, sem olvidar da possibilidade de controle e fiscalização recíprocos a fim de coibir qualquer hegemonia. Conforme José

⁷ BRASIL. *op. cit.*, nota 3.

⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Afonso da Silva:

há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados⁹.

Trata-se de mecanismo de suma importância, pois, caso a separação de poderes fosse aplicada puramente, a competência do Poder Judiciário seria interpretar a lei, e não a produzir, como ocorre muitas vezes. Dessa forma, a separação e o checks and balances permite ao judiciário a possibilidade de interferência na esfera de outros poderes.

Como é cediço, a interferência em de um Poder em outro pode provocar controle ou, certas vezes, sobreposição. Por esse motivo, há, historicamente, uma busca por um mecanismo de equilíbrio e recíproco controle que pudesse presidir o relacionamento entre os três órgãos, considerando a notável regulação, nos dias atuais, dos atos discricionários por meio da análise judicial.

Acerca do tema, vale lembrar que o artigo 37, *caput*, da Constituição da República¹⁰, dispõe o princípio da legalidade lastreia a Administração Pública e, por efeito, de modo que todos os atos imanentes terão que se apoiar na norma. Segundo Hely Lopes Meireles:

a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso¹¹.

Observa-se que o poder discricionário concedido à Administração Pública pelo legislador não implica na execução dos atos administrativos arbitrariamente. Estes devem ser feitos não mais de acordo com a lei, mas conforme o direito na busca pelo bem-estar social.

É necessário que o sujeito da Administração, ao executar um ato, se debruce sobre os princípios, regras e valores do ordenamento jurídico, sopesando as circunstâncias para chegar a uma forma justa de execução do ato administrativo. Surge aí à necessidade de se deixar certa margem de discricionariedade para a Administração escolher, dentre as várias possibilidades existentes, aquela que mais se coaduna ao interesse público.

Pode ser dito que um dos fundamentos da discricionariedade é que a administração está em posição mais vantajosa para analisar os problemas e resolvê-los. Para que o ato esteja

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 87.

dentro nos limites da discricção, não basta o administrador dizer que agiu dentro do campo de alternativas que a lei previu, mas deve se verificar, em exame de razoabilidade, as circunstâncias do caso, e se a finalidade da norma aplicada foi cumprida.

Embora o ato administrativo discricionário seja previsto em lei, é possível que este seja revisto pelo Poder Judiciário, havendo divergência na doutrina no que toca a possibilidade do mérito administrativo ser subordinado a análise e decisão judicial.

Para Di Pietro, o controle é possível, observando-se aquilo autorizado pela lei à Administração Pública¹². De acordo com a autora, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

Para Bandeira de Mello, o controle judicial deve se estender apenas na investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. De acordo com o autor, os motivos tem a ver com a vontade do administrador e os pressupostos que embasaram a decisão, enquanto a finalidade é constatar a presença do abuso de direito.¹³

É incontroverso, portanto, que é possível adentrar no mérito na discricionariedade do ato, sem que se atinja seu mérito. O mérito do ato é de escolha da função administrativa, impossibilitando sua transmutação por decisão judicial. Para que seja atacado, necessariamente deve haver reflexos nos direitos difusos, individuais e coletivos, com fulcro no artigo 5º, XXXV da CRFB/88.

Ao pensar em casos concretos, é possível inferir que é a probabilidade do magistrado de defender as minorias é maior do que na esfera do Poder Legislativo, já que vereadores e deputados foram eleitos por uma maioria. A CRFB/88 prevê inúmeros direitos fundamentais, a competência da corte constitucional é defendê-la e, conseqüentemente, proteger os direitos previstos. Além dos direitos, a Carta Magna proporciona maior participação social e política da nossa população.

Dessa forma, a judicialização não surge de forma isolada, ela é influenciada por fatores econômicos e sociais, que formam o sistema político. Assim, há diversos grupos de interesse que utilizam a via judicial a fim de realizar a sua contada, sejam eles conquistas de direitos ou tentativas de barrar ações de executivo ou legislativo. Do mesmo modo, “os partidos de oposição, não podendo barrar as alterações realizadas pela maioria, utilizam-se dos tribunais

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 219.

¹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 836.

para frear, obstaculizar e até mesmo inviabilizar as alterações em curso”¹⁴.

Portanto, é através desses mecanismos que a constitucionalização do direito administrativo abriu uma grande margem à atuação do Poder Judiciário, já que ampliou os seus poderes, pondo em risco os princípios democráticos e desrespeitando a separação dos poderes.

Consoante os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, o Judiciário tem o dever de fiscalizar se os atos discricionários estão de acordo com a Constituição, levam em consideração a realidade dos fatos e se a decisão administrativa possui coerência lógica para a melhor solução das situações concretas. Assim, evidente que o controle judicial está cada vez mais intenso e com mais justificativas.

Diante de tantas provocações, é certo que a separação dos poderes não foi totalmente posta em prática na Constituição, sendo limitada por vários instrumentos. A judicialização da política, bem como a judicialização dos atos administrativos, só será mitigada com uma reforma política e jurídica do sistema e da Constituição da República.

A análise da judicialização dos atos administrativos depende de dois olhares: um quantitativo e outro qualitativo. O primeiro refere-se à quantidade de ações que são remetidas ao judiciário, o que reflete em uma maior participação deste Poder na vida da população. Já o aspecto qualitativo, diz respeito à forma como o Judiciário julga as questões a ele submetidas, seja pela diversidade de assuntos, ou pela maneira de julgamento de questões antes não conhecidas.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM MEIO À PANDEMIA DE COVID-19, RECONHECIDA PELA OMS EM 11 DE MARÇO DE 2020

O Covid-19 surgiu em 2019 na cidade de Wuhan, na China, relacionado aos casos de pneumonia com origem desconhecida. A doença causada pelo novo Coronavírus (SARS-CoV-2) se espalhou em escala global e chegou ao Brasil, sendo reconhecida pela OMS em 11 de março de 2020.

Em meio à pandemia pela qual atravessou a população mundial, se fez imprescindível a adoção de políticas públicas eficientes, visando o tratamento dos infectados pelo vírus, bem como a redução de sua proliferação, já que houve a morte de milhares de pessoas no momento de sobrecarregamento dos sistemas de saúde.

¹⁴ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p.119.

Para conter os avanços dos danos causados pelo vírus SARS-CoV-2, os entes federativos iniciaram a atuação em busca da ampliação da capacidade dos hospitais, compra de insumos e equipamentos, adotaram políticas de isolamento social e iniciaram as tratativas de compra e produção de vacinas, conforme amplamente noticiado pelos meios de comunicação.

Diante do cenário caótico, iniciou-se um processo de “judicialização do novo coronavírus” que, naturalmente, provocou impactos nas políticas públicas, já que tornou-se evidente uma maior regulação dos atos discricionários emanados pela Administração Pública, por meio da análise judicial.

A grave crise sanitária ocasionada pela pandemia do Covid-19 tornou propício o crescente aumento das demandas judiciais¹⁵, em que muitos tentavam assegurar o cumprimento por parte do Poder Público dos direitos fundamentais previstos, ou ainda assegurar as aplicações das medidas de segurança que estavam sendo impostas para minimizar os riscos de contaminação.

Com a pandemia, foi descoberta a fragilidade das políticas públicas e a ausência de ações de enfrentamento a crises sanitárias por parte dos chefes do Poder Executivo, que não possuíam de maneira imediata ações corretivas para sanar tais problemas¹⁶, tendo como consequência o aumento da judicialização dos casos relacionados ao acesso a saúde devido as falhas na gestão e disfunções dos sistemas.

Em abril de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.341¹⁷, reafirmou a competência de estados e municípios nas tomadas de medidas contra a Covid-19, de modo a possibilitar que os entes da federação determinem quarentenas, isolamento, restrição de atividades, sem que a União interfira no assunto.

Em dezembro de 2020, o STF decidiu na ADI n. 6.586¹⁸ pela vacinação compulsória e pela competência comum de implementação da imunização contra o coronavírus por todos os entes federados. Para a corte, a compulsoriedade, já prevista na Lei n. 13.979/2021 (“Lei

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Painel de Ações da COVID*. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>. Acesso em: 16 out. 2023.

¹⁶ BRASIL Conselho Nacional de Justiça. *Pesquisa aponta impacto da pandemia e traz indicadores para basear Plano Nacional para a saúde*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisa-aponta-impacto-da-pandemia-e-traz-indicadores-para-basear-plano-nacional-para-a-saude/>>. Acesso em: 16 out. 2023.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 6.341*. Relator: Ministro André Mendonça. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>> Acesso em: 16 out. 2023.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 6.586 MC/DF*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>> Acesso em: 16 out. 2023.

da Quarentena”)¹⁹, não significa vacinação forçada, por depender do consentimento expresso das pessoas e assegurar o acesso à informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes.

No julgamento da liminar da ADI n. 6421, em maio de 2020²⁰, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição ao dispositivo que versava sobre a caracterização de erro grosseiro, de modo que devem as autoridades levar em consideração a observância de standards, normas e critérios técnico-científicos, como aqueles estabelecidos pelas organizações internacionais e entidades nacionais reconhecidas, além dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Com efeito, nesse julgamento, o STF fixou duas teses relevantes para a jurisprudência da crise:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.
2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.

Dessa maneira, sobressai uma condicionalidade importante para o administrador ao adotar políticas públicas em tempos de crise: a observância de normas e critérios técnicos e científicos. Contudo, nesse caso, não teria o STF retirado a discricionariedade administrativa inerente ao administrador público para escolher e implementar a política pública mais conveniente e oportuna em tempos de crise. Não é que o agente público tenha perdido a discricionariedade para optar por tal ou qual política pública, mas antes uma recondução, em tempos de crise, à discricionariedade técnica.

Por outro lado, há situações em que há forte característica intervencionista nas decisões do STF, a exemplo da decisão no âmbito da ADPF n. 690²¹, a qual obriga que o Governo Federal restabeleça, na integralidade, a divulgação diária dos dados epidemiológicos sobre a pandemia da Covid-19, inclusive no site do Ministério da Saúde, *in verbis*:

¹⁹ BRASIL. *Lei n. 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 16 out 2023.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 6.421 MC/DF*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>> Acesso em: 16 out. 2023.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 690*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755586015>> Acesso em: 16 out. 2023.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ATOS DO PODER PÚBLICO. RESTRIÇÃO À DIVULGAÇÃO DE DADOS RELACIONADOS À COVID-19. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA TRANSPARÊNCIA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA DIVULGAÇÃO DIÁRIA DOS DADOS EPIDEMIOLÓGICOS RELATIVOS À PANDEMIA. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

(...)

2. A gravidade da emergência causada pela COVID-19 exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, entre elas o fornecimento de todas as informações necessárias para o planejamento e o combate à pandemia.

3. A interrupção abrupta da coleta e divulgação de informações epidemiológicas, imprescindíveis para a análise da série histórica de evolução da pandemia (COVID-19), caracteriza ofensa a preceitos fundamentais da Constituição Federal e fundamenta a manutenção da divulgação integral de todos os dados que o Ministério da Saúde realizou até 4 de junho 2020, e o Governo do Distrito Federal até 18 de agosto passado, sob pena de dano irreparável.

Como visto, as ações propostas giram em torno de ato administrativo, uma vez que trata-se da vontade do Poder Executivo que, agindo nessa qualidade, teve por fim aplicar a lei, ou criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas.

O caso em comento trata de omissão, no âmbito de saúde pública, a fim de combater a pandemia da Covid-19. A divulgação de dados das pessoas infectadas pelo coronavírus foi um dos vários assuntos ligados à gestão da pandemia que foram colocados como um teste ao Supremo Tribunal Federal.

Acerca das políticas de isolamento adotadas, há decisões antagônicas de alguns juizes de primeira instância, em que se cria uma verdadeira situação de insegurança jurídica, já que alguns determinaram a implantação do lockdown a fim de conter a disseminação do vírus, enquanto outros determinaram a abertura gradual das atividades comerciais, inclusive dividindo-as em blocos.

Restou destacado que na esfera da crise sanitária da Covid-19, que surgiu em 2020 e, atualmente, ainda assola o mundo inteiro, se tornou ainda mais latente essa judicialização da saúde. A crise gerou a necessidade de uma postura do Poder Judiciário, para que determinasse as medidas a serem realizadas e concretizadas, considerando a situação de urgência, no instante em que se visa a preservação e defesa do direito à saúde.

Durante o período de pandemia, a saúde nacional entrou em colapso, constituindo um confronto entre direito constitucionalmente garantido e a realidade que se mostrava em um contexto de escassez de recursos, ao qual o governo que não possuía planos estratégicos imediatos para serem aplicados em momentos de crises sanitárias.

Considerando a realidade brasileira, percebeu-se que o cidadão encontrou diversas

barreiras para exercer seu direito fundamental diante do aumento desenfreado da doença e seu acesso à saúde, que por muitas vezes se tornou negligenciado e limitado, sendo obrigados a reavê-los de forma judicial.

Portanto, ainda que a intenção dos julgadores seja a melhor possível, há clara interferência jurídica do Poder Judiciário nas matérias que deveriam, ao menos em tese, ser tratadas pelo Poder Executivo, que detém atribuição constitucional de pensar em políticas públicas. Cumpre ressaltar que tal prerrogativa do Poder Executivo não deriva somente de atribuições normativas, mas também da maior afinidade e legitimidade.

CONCLUSÃO

Não se pode olvidar da importância dos atos administrativos, buscando-se o funcionamento adequado da Administração Pública, no contexto da prestação de serviço público. Ademais, divergências no que diz respeito a possibilidade do mérito administrativo ser subordinado a análise e modificação por parte do Estado-Juiz, que não detém o conhecimento e a proficiência necessários à avaliação, nos remete ao Princípio da Separação dos Poderes.

Através da análise do contexto histórico nacional, observa-se que os fenômenos que englobaram o constitucionalismo brasileiro foram determinantes para propulsão desta mudança de postura do Poder Judiciário. A nova acepção a respeito da Constituição da República, sua interpretação e a concretude dos direitos sociais fundamentais garantidos no texto constitucional, fizeram com que o Poder Judiciário se visse obrigado a abandonar o positivismo tradicional e encarar a norma com a sua função modificadora social e prestacional.

Diante de todo o exposto, resta claro que a judicialização dos atos administrativos, seja em meio à pandemia de Covid-19 ou em sentido amplo, traz inúmeros malefícios à população. Além da insegurança jurídica que é gerada pelo fato de não existir expertise por parte do judiciário para determinados assuntos, conforme observado, a transposição de juízos de conveniência e oportunidade para as estruturas de controle se apresenta como alternativa antidemocrática.

A atuação proativa do Poder Judiciário sobre questões tipicamente políticas deve ser fixada através de critérios dogmáticos na atividade hermenêutica, principalmente no que se refere à interpretação de dispositivos legais e conceitos principiológicos, ambíguos ou obscuros demarcando encostas ao próprio controle judicial. Dessa forma, estará legitimada a atuação do judiciário, que deve ser destinada exclusivamente a defender a aplicação dos



direitos fundamentais e a proteção dos preceitos constitucionais, devendo o Magistrado se autolimitar, ainda quando provocado, e sempre observando o caráter da demanda, para decidir de forma segura.

A questão é que o controle judicial, referendado na Constituição da República, está desastrosamente dando lugar ao ativismo judicial, fenômeno que se blinda pela teoria neoconstitucionalista do Estado Social, que investe no reforço da discricionariedade judicial. Tal prática enfraquece a normatividade da Constituição e os pilares do próprio regime democrático, ferindo princípios básicos como o da separação dos poderes e o princípio da democracia, gerando a verticalização entre os Poderes, restando soberano o Poder Judiciário no topo da pirâmide.

Em se tratando da pandemia de Covid-19 pela qual atravessou a população mundial, tornou-se evidente uma maior regulação dos atos discricionários emanados pela Administração Pública, por meio da análise judicial. Através de estudos de caso, é possível asseverar que, mesmo decidindo conforme o elencado pela CRFB/88, a Corte continua a fomentar o debate da judicialização da política, pois o cerne da questão se encontra no nosso sistema político e jurídico.

Em outras palavras, mesmo sendo corretas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tais provimentos deveriam ter partido dos poderes Legislativo e Executivo, cabendo ao judiciário defender a Constituição e respeitar a Separação de Poderes. Portanto, há duas questões sobre o tema. A primeira é que considerando que os problemas decorrentes da pandemia exigiram respostas rápidas do Poder Executivo e houve eficiente atuação do Judiciário. A segunda, por outro lado, é que tal comportamento deu margem para o empoderamento do Poder Judiciário e todo o seu possível autoritarismo e arrogância.

O trabalho pretendeu demonstrar que, mesmo sendo positivas, as decisões proferidas em um contexto de judicialização da política não devem ser defendidas, pois mesmo que a curto prazo as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sejam consideradas adequadas, elas contribuem para o fortalecimento e sobreposição do Poder Judiciário.

A defesa da democracia não deve padecer em frente a algumas decisões favoráveis à população. As instâncias democráticas foram eleitas porque parte da sociedade concordou com a agenda política proposta, seja ela no executivo ou no legislativo. Cabe ao judiciário, portanto, respeitar a soberania popular.

Portanto, os Poderes constituídos devem andar de maneira paralela e cooperativa. Além disso, devem sempre considerar as questões de competência, legitimidade, limitações e anseios, evitando, dessa forma, os percalços e as disputas entre si. A atuação desconexa e antagônica

entre os três Poderes, vão de encontro aos anseios do próprio Estado. Dessa forma, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário devem ser cúmplices na busca incessante pelo objetivo maior, o interesse social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pesquisa aponta impacto da pandemia e traz indicadores para basear Plano Nacional para a saúde*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisa-aponta-impacto-da-pandemia-e-traz-indicadores-para-basear-plano-nacional-para-a-saude/>>. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 6.341*. Relator: Ministro André Mendonça. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>> Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2023.

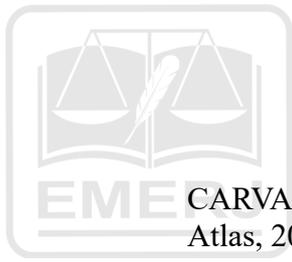
BRASIL. *Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm> . Acesso em: 16 out 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 6.586 MC/DF*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>> Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 6.421 MC/DF*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>> Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 690*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755586015>> Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Painel de Ações da COVID*. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html> Acesso em: 16 out. 2023.



CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: revista de sociologia da USP*, São Paulo, v. 2, n. 19, nov. 2007.



ICMS: A GUERRA FISCAL DECORRENTE DOS DIFERENTES PERCENTUAIS DE ALÍQUOTAS PRESENTES NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE TRANSPORTE E DA CONCESSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIOS E ISENÇÕES FISCAIS

Monique Poubel D'Oliveira

Graduada pela Universidade Estácio de Sá (UNESA).

Resumo – o presente estudo busca demonstrar a relevância jurídica e geográfica que o imposto intitulado como ICMS tem no território brasileiro e os impactos que a sua arrecadação gera. Além disso, fica evidenciado que a competência estadual do referido tributo, além de causar desequilíbrio e desigualdade entre as regiões do Brasil, acaba por fomentar a guerra fiscal entre os entes federados, que buscam a todo custo atrair investidores para o seu território, e muita das vezes, a única forma de estados menores competirem com estados maiores é através da concessão de benefícios fiscais.

Palavras-chave – Direito Tributário. ICMS. Operações interestaduais de transporte. Percentuais de alíquotas distintos. Isenção fiscal. Benefício fiscal. Desigualdade regional. Guerra fiscal entre os entes federais.

Sumário – Introdução. 1. A importância da atividade estatal sobre a arrecadação de tributos e os aspectos jurídicos do ICMS. 2. Os impactos da alíquota diferenciada nos estados. 3. A guerra fiscal decorrente da concessão de benefícios fiscais destinados às grandes empresas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca destacar a existência da Guerra Fiscal decorrente dos diferentes percentuais de alíquota de ICMS interestadual de transporte, atribuídos às regiões do Brasil, ocasionando instabilidade jurídica e retardando o desenvolvimento regional do país como um todo.

Tendo em vista esta finalidade, a exposição do trabalho se dá através da análise da legislação vigente, acompanhada de doutrina e jurisprudência, de modo a se verificar no que consiste o tributo de ICMS, como funciona a distribuição do tributo, quem tem competência para arrecadação nas relações interestaduais de transporte, qual o impacto dessa modalidade de tributo no território brasileiro e qual percentual de alíquota é utilizado para alcançar o valor final do tributo a ser cobrado.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que o tributo de ICMS é de competência estadual, indicando ainda que nas relações de transporte interestaduais, caberá ao Senado Federal atribuir os percentuais de alíquotas que, acrescidos da base de cálculo, irão compor o valor final do tributo devido pelo contribuinte.

A premissa inicial do trabalho busca expor, no capítulo 1, a importância da atividade estatal sobre a arrecadação de tributos, os aspectos jurídicos mais relevantes do ICMS, bem como, o percentual de alíquota definido para cada região e/ou estado do Brasil.

Após, no capítulo 2, busca-se delimitar quais são as regiões mais favorecidas com os percentuais menores e as mais favorecidas, com percentuais maiores, explanando efetivamente acerca dos impactos negativos gerados pela alíquota diferenciada dos estados da região Norte, Nordeste, Centro Oeste e estado do Espírito Santo.

O terceiro capítulo apresenta a alíquota diferenciada como fator de desenvolvimento comercial e social do Brasil, discorrendo sobre as isenções e benefícios fiscais concedidos por regiões menos favorecidas do Brasil (regiões essas que já sofrem com o percentual menor de alíquota) às grandes empresas, como forma de incentivá-las a fixarem domicílio empresarial em seu território.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE ESTATAL SOBRE ARRECAÇÃO DE TRIBUTOS E OS ASPECTOS JURÍDICOS DO ICMS

O Direito Tributário é um ramo do Direito Público regido pelos princípios fundamentais da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e indisponibilidade do interesse público. Em outras palavras, a relação jurídica estabelecida entre o contribuinte e o Estado é verticalizada, e o Fisco está em posição hierárquica, representando os interesses da coletividade em face dos interesses individuais.

O Fisco é a autoridade fazendária, e controla os pagamentos de impostos em todas as esferas tributárias do país. Ele é comumente conhecido como o órgão fiscalizador na esfera federal, porém, ele também atua nas esferas municipal e estadual, e o seu principal objetivo é controlar a legislação tributária do país, estando intimamente relacionado e interessado na forma como as empresas pagam seus tributos.



Diante da onerosidade da atividade estatal, e da necessidade de custear serviços públicos como saúde, educação e segurança, a Administração Pública busca, através de receitas derivadas e originárias, obter os recursos financeiros necessários para a sua manutenção.

Diferentemente das receitas originárias que consistem em prerrogativas de Direito Privado que o Estado possui podendo estabelecer relações jurídicas como se particular fosse sendo, inclusive, consideradas verdadeiras custeadoras do funcionamento do estado brasileiro, as receitas derivadas são as prerrogativas de Direito Público que o Estado tem.

Na hipótese de receitas derivadas, o Estado faz uso do seu poder de império, que consiste na faceta que o ele tem em compelir seus contribuintes a distribuir uma parte de sua riqueza, ou seja, obrigar o particular a realizar o adimplemento daquilo que o Estado entende ser devido. Em outras palavras, as receitas originárias são consideradas verdadeiras custeadoras do funcionamento do estado brasileiro.

Dentre outras, uma das formas de obtenção de receita derivada está contida no tributo, que conforme dispõe o Código Tributário Nacional¹, é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Os tributos podem ser vinculados e não vinculados. Acerca deste tema, cumpre informas que os tributos vinculados são devidos pelo contribuinte ou responsável tributário em decorrência de uma atividade estatal, quando ao fato gerador. Já os tributos não vinculados, conforme o nome já evidencia, serão devidos pelo contribuinte ou responsável tributário independente de contraprestação do Poder Público.

Temos como exemplo de tributos vinculados as taxas e as contribuições de melhoria, enquanto, a título de exemplo de tributos não vinculados, temos os impostos.

Em regra, os tributos incidem sobre três bases: o consumo, a renda e o patrimônio dos cidadãos e das empresas. Portando, pode-se dizer que os impostos não são vinculados pois o fato gerador do imposto é uma situação de vida do contribuinte relacionado as suas riquezas.

A competência tributária para instituição e cobrança de tributo segue a lógica da repartição de competência, que consiste que distribui a autoridade entre os diferentes níveis de governo. Ou seja, a competência para instituição e cobrança, é dividida entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A título de exemplo, na esfera Federal, existe o Imposto sobre a Importação, Imposto de Exportação, Imposto de Renda, Imposto sobre Produtos Industrializados, Imposto sobre

¹ BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2023.

Operações Financeiras, Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural); na Estadual Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação, Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços, Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores) e na Municipal Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis, Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988², prevê a possibilidade de impostos de competência federal, estaduais e municipais. Segundo Ricardo Alexandre:

Os estados têm competência para instituir os três impostos previstos no art. 155 da Constituição Federal, quais sejam imposto sobre transmissão causa mortis e doação - ITCMS; o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS; e o imposto sobre a propriedade de veículos automotores - IPVA.³

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, possui a maior arrecadação do Brasil, sendo, portanto, o tributo estadual de maior relevância por gerar mais riqueza.

Esse imposto está presente em quase todas as operações cotidianas existentes no nosso mundo fático, ou seja, na compra de um produto, seja de forma física, seja pela internet; no consumo de energia elétrica; na utilização de transporte público, etc.

É uma modalidade de tributo que coloca na situação de contribuinte qualquer pessoa (física ou jurídica), que realize com habitualidade, ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

O fato gerador do ICMS ocorrerá com as operações referentes a circulação jurídica de mercadorias ou serviços. Entende-se por circulação jurídica, aquela em que há transferência de propriedade da mercadoria, ou seja, quando um vendedor deixa de ser o proprietário da mercadoria e o proprietário passa a ser o comprador.

O ICMS busca atingir tanto a finalidade fiscal, almejando atender ao objetivo principal da Administração Pública, que é o da arrecadação financeira aos cofres do Estado, quanto o caráter extrafiscal, que não visa a obtenção de receitas tributárias. De acordo com Atilaba “a

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

³ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 757.



extrafiscalidade consiste na utilização deliberada do tributo para finalidades não financeiras, mas regulatórias de comportamentos sociais, em matéria econômica, social e política”⁴.

Para tanto, a Constituição Federal atribui normas gerais acerca do tributo, estabelecendo que ele deverá ser instituído mediante lei complementar de caráter nacional, prevendo ainda a celebração de convênios entre os entes federados como ato-condição para a concessão e revogação de benefícios fiscais, delegando ao Senado Federal, dentre outras regras de uniformização e pacificação fiscal, importantes competências acerca da fixação do regime de alíquotas de tributo.

Embora o Código Tributário Nacional tenha sido recepcionado como lei complementar, regulamentando a grande maioria dos impostos, deixou de regulamentar o ICMS. Sendo assim, seguindo os preceitos constitucionais acerca da correta espécie normativa para regulamentação de tributo, a Lei Complementar n. 87/1996⁵, também denominada de Lei Kandir, foi a lei instituidora do ICMS.

Nos casos de transportes interestaduais de mercadorias, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores, o montante final a ser pago a título de ICMS é formado através da base de cálculo, que consiste no próprio montante do tributo somado ao percentual de alíquota contido na Resolução n. 22/1989⁶, definida pelo Senado Federal, ainda em atenção à Constituição Federal.

Conforme Ricardo Alexandre:

A alíquota interestadual foi fixada em 12% pela Resolução do Senado Federal 22/1989, salvo no caso em que a mercadoria tenha como origem um dos 6 Estados considerados mais desenvolvidos da Federação (SP, RJ, MG, PR, SC e RS), e como destino um Estado que não faça parte desse grupo, hipóteses em que a alíquota aplicável será de 7%.⁷

Sendo assim, quando ocorre, por exemplo, uma transação entre duas empresas, uma localizada no Rio de Janeiro e a outra no Amazonas, onde a indústria situada neste último realiza a aquisição da mercadoria, será recolhido a título de ICMS, valor referente a base de cálculo do produto acrescido de 7% de alíquota interestadual, uma vez que o produto estará saindo do Rio de Janeiro (Sudeste), em região a região Norte, devendo esse valor ser recolhido para o Rio de

⁴ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 60.

⁵BRASIL. *Lei Complementar n. 87*, de 13 de setembro de 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm>. Acesso em: 15 jun. 2023.

⁶BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 22*, de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/rsf/rsf%2022-89.htm>. Acesso em: 16 mai. 2023.

⁷ALEXANDRE, *op. cit.*, p.775.



Janeiro. Eventualmente, o estado do Amazonas poderá utilizar aquele valor que foi recolhido a título de ICMS, como crédito em nova operação.

2. OS IMPACTOS DA ALÍQUOTA DIFERENCIADA NOS ESTADOS

O ICMS, consiste em modalidade de imposto não cumulativo, ou seja, nessa espécie de tributo, o valor pago, será compensado em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

Desta forma, quando ocorre alguma aquisição de mercadoria ou utilização de serviço tributado pelo ICMS, o adquirente deverá registrar como crédito o valor correspondente a referida operação, e este valor pode ser abatido do montante que incidirá nas operações subsequentes.

Em outras palavras, a não cumulatividade obrigatória atua na dupla incidência do tributo estudado, ou seja, para que haja crédito no valor a ser cobrado do ICMS, é necessário que haja a incidência do pagamento do tributo tanto na entrada (quando se compra a matéria ou serviço necessário para a produção/utilização do serviço), quanto na saída.

Segundo Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo:

Trata-se de direito público subjetivo oposto aos Estados, e ao DF, e que também constitui obrigação cometida ao contribuinte. O comando constitucional deve ser realizado tanto no lançamento do débito (operações mercantis e prestações de serviços de transporte e de comunicação), quanto na escrituração do crédito (aquisição de bens e serviços tributados). Como o débito deve ser exigido, lançado e satisfeito, o mesmo ocorre com o crédito, sem o que o princípio resultaria ineficaz, frustrando-se a dicção constitucional.⁸

Trata-se de direito público subjetivo oposto aos Estados, e ao DF, e que também constitui obrigação cometida ao contribuinte. O comando constitucional deve ser realizado tanto no lançamento do débito (operações mercantis e prestações de serviços de transporte e de comunicação), quanto na escrituração do crédito (aquisição de bens e serviços tributados). Como o débito deve ser exigido, lançado e satisfeito, o mesmo ocorre com o crédito, sem o que o princípio resultaria ineficaz, frustrando-se a dicção constitucional.

⁸PAUSEN, Leandro; MELO, Jose Eduardo Soares de. *Impostos federais, estaduais e municipais*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 132.

A Resolução do Senado Federal n. 22/1989⁹, ao fixar alíquota de 7%, inicialmente visa reduzir as desigualdades socioeconômicas entre as regiões do país, uma vez que tem como objetivo inicial beneficiar os Estados menos desenvolvidos, pois uma alíquota interestadual menor implica pagamento de menor valor ao Estado de origem e utilização menor de crédito no Estado de destino, o que acaba ampliando a participação deste na repartição de receitas entre origem e destino.

Ocorre que ao estabelecer alíquota de 7% para mercadorias que tenham como origem um dos 6 Estados considerados mais desenvolvidos da Federação, quais sejam, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, com destino as regiões menos desenvolvidas, quais sejam, Região Norte, Região Nordeste, Região Centro Oeste, bem como Estado do Espírito Santo (que embora faça parte da região sudeste, recebe tratamento diferenciado), indiretamente, cria-se um boicote à ideia inicial de redução das desigualdades socioeconômicas estaduais, uma vez que, podendo pagar 7% ou 12% de alíquota de ICMS, é evidente que por uma questão de política econômica, torna-se mais interessante pagar 7%.

Dito isto, tem-se como exemplo uma determinada fábrica de roupas que pretende expandir o seu comércio para todo o Brasil e inicialmente está fixada no estado do Rio de Janeiro. Ao vender sua mercadoria para São Paulo, essa operação interestadual terá como base de cálculo a alíquota de 12%. A venda da mesma mercadoria, saindo do Rio de Janeiro, direcionada ao estado do Recife, terá como base de cálculo a alíquota de 7%.

É evidente que, do ponto de vista econômico, é mais vantajoso que a empresa esteja situada no Rio de Janeiro, ou em qualquer outro estado da região Sul ou Sudeste, uma vez que, economicamente, essas regiões têm maior poder aquisitivo, logo, são regiões que consomem mais, e, geograficamente, são regiões mais requisitadas, seja pela facilidade de logística de transporte de mercadoria, seja com relação ao relevo, clima, facilidade de mão de obra, dentre outros.

Com isso, a implementação de uma alíquota menor de ICMS de transporte interestadual quando o transporte tem como destino os estados da região Norte e Nordeste, incluindo o estado do Espírito Santo, saindo dos estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul acaba incentivando as grandes empresas, indústrias e fábricas que produzem em larga escala e têm por objetivo a expansão nacional, a fixarem o seu domicílio empresarial nessas regiões.

⁹BRASIL, *op. cit.*, nota 6.



Ainda, tendo em vista que os centros urbanos mais ativos financeiramente para o consumo estão na região Sul e Sudeste, nada impede que a mesma empresa fixe seu empreendimento tanto no Rio de Janeiro, quanto em São Paulo, visando burlar as alíquotas interestaduais referentes as operações realizadas entre os grandes polos econômicos, que seria de 12%.

Dito isto, o “boicote” ocasionado pela diferenciação de alíquotas está justamente nesse ponto, visto que, foi estabelecido percentual de alíquota menor para incentivar o desenvolvimento regional das regiões menos favorecidas, mas não foi levado em consideração que, para as grandes empresas, naturalmente, é mais vantajoso fixar território em regiões mais favorecidas. O fato de a alíquota ser menor quando os produtos são destinados para Região Norte, Nordeste, Centro Oeste e Espírito Santo não faz com que essas empresas queiram fixar-se nestes territórios, muito pelo contrário.

A política de incentivo deveria ser em sentido contrário, ou seja, necessário seria atuação do Estado com criação de políticas públicas incentivando que as grandes empresas se estabelecessem nessas regiões menos favorecidas, e com isso, haveria aumento do capital de giro nessas regiões, conseqüentemente, os efeitos positivos seriam dos mais diversos, como por exemplo, aumento do número de empregabilidade regional, dentre outros.

Quando uma sociedade decide se estabelecer em determinado Estado, o faz por acreditar que ali poderá ter êxito na atividade, seja qual for o ramo de seu negócio. Na sua esteira, traz consigo investimento e empregos.

Embora inicialmente possa ser mais trabalhoso, em termos de logística, é preferível estabelecer domicílio empresarial nos grandes polos desenvolvidos, onde será possível contar com grande número de mão de obra qualificada, rede de transportes e comunicação, população com poder aquisitivo suficiente para aquisição dos produtos que serão fornecidos pela referida empresa, a ter que situar a empresa em região menos desenvolvida, onde não haverá mão de obra qualificada, bem como, população com condições monetárias suficientes para manter o funcionamento da empresa.

Em decorrência da referida fixação regional, impulsionada pela política empresarial que busca sempre maximizar os lucros, cria-se uma espécie de concentração regional, onde essas regiões - já desenvolvidas - concentram nessas mesmas regiões, cada vez mais, riquezas, oportunidades de emprego, dentre outras coisas.

A preferência regional comercial em fixar domicílio nos estados de Minas Gerais, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e principalmente São Paulo e Rio de Janeiro tem

reflexo na economia, nos níveis de urbanização, qualidade de vida da população, e no desenvolvimento intelectual e social regional.

A existência de grandes desigualdades regionais exerce influência negativa sobre os padrões de desenvolvimento de um país e sobre o bem-estar da sua população, podendo levar à ruptura do pacto federativo.

De acordo com pesquisa feita pela Agência Brasil¹⁰, o Brasil, as regiões Sul e Sudeste concentram 91% dos municípios mais desenvolvidos, enquanto as regiões Norte e Nordeste respondem por 87,7% das cidades com menor desempenho. As regiões mais desenvolvidas contam com lócus de aprendizagem e polos tecnológicos, mantendo mão de obra especializada e oportunidade de emprego, além de transportes eficientes, redes de energia e de telecomunicações, dentre outros.

3. A GUERRA FISCAL DECORRENTE DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS DESTINADOS ÀS GRANDES EMPRESAS

As políticas dos incentivos ou benefícios fiscais têm como objetivo promover o desenvolvimento de atividades, segmentos, setores da economia ou regiões, condicionar comportamentos, bem como, favorecer grupos ou parcelas da população.

Os benefícios fiscais estão previstos na Constituição Federal, em seu artigo 150, § 6^o¹¹ e determinam que somente poderão ser disciplinados mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente a matéria. Eles têm como objeto eventual exclusão do crédito tributário, através de anistia ou isenção; extinção do crédito tributário, através de remissão ou diminuição do crédito tributário, através de redução de base de cálculo.

A obrigatoriedade de lei específica para concessão de benefícios fiscais estipulada no supramencionado artigo, não faz distinção com relação a espécie de lei, de modo que, entende-se que a exigência de lei para concessão de benefícios deve ser analisada em seu sentido formal, ou seja, consubstanciando-se no ato normativo produzido pelo órgão do Poder Legislativo competente para exercer função legislativa, em conformidade com as regras do processo legislativo previstas no ordenamento jurídico vigente, admitindo-se, portanto, lei ordinária, lei complementar, bem como, lei delegada.

¹⁰VILELA, Pedro Rafael. *Sul e Sudeste concentram 91% dos municípios mais desenvolvidos*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-06/sul-e-sudeste-concentram-91-dos-municipios-maisdesenvolvidos>>. Acesso em: 30 jul. 2023.

¹¹BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

No que tange ao ICMS, o artigo 155, § 2º, XII, alínea “g”¹², também preceitua que a concessão de benefícios deverá ser feita por meio de lei, porém, desta vez, a Constituição Federal foi mais específica, uma vez que deixou explícito que para que ocorra a concessão de benefício, será necessário que a mesma seja implementada mediante lei complementar.

A grande diferenciação entre lei complementar e lei ordinária está no quórum de aprovação, uma vez que, conforme determina o artigo 47 da Constituição Federal¹³, para que ocorra aprovação de lei ordinária, será necessário aprovação de maioria simples, enquanto que para aprovação de lei complementar, será necessária a aprovação de maioria absoluta, conforme dispõe o artigo 69 da Constituição Federal¹⁴.

O tema em análise tem como escopo o princípio da indisponibilidade do interesse público e do patrimônio público. O patrimônio público administrado pelo gestor público é de titularidade da sociedade, e para que ocorram atos que resultem impactos no patrimônio da sociedade, estes atos precisam ter a “autorização” do povo. A autorização se dará por meio de lei, que deverá seguir o procedimento de aprovação normativa elencado na Constituição Federal.

Em outras palavras, a Administração Pública deve realizar suas condutas sempre velando pelos interesses da sociedade, mas nunca dispondo deles, uma vez que o administrador não goza de livre disposição dos bens que administra, pois o titular desses bens é o povo.

Isto significa que a Administração Pública não tem competência para desfazer-se da coisa pública. A administração também não pode transferir a terceiros a sua tarefa de zelar, proteger e vigiar o bem. Ademais, a disponibilidade dos interesses públicos somente pode ser feita pelo legislador.

Além da exigência constitucional referente a lei complementar para a concessão de benefícios fiscais referentes ao ICMS, o artigo 155, § 2º da Constituição¹⁵, também estabelece que o referido benefício fiscal deverá ser precedido de deliberação conjunta dos Estados e do Distrito Federal. No atual cenário brasileiro, a referida deliberação conjunta se dá por meio de meio convênio denominado CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária).

Para que ocorra reunião do CONFAZ, é necessária a convocação de representantes de todos os estados e do Distrito Federal, e a mesma só poderá ocorrer mediante a presença de representantes da maioria dos estados da federação. A aprovação da concessão dos benefícios

¹²*Ibid.*

¹³*Ibid.*

¹⁴*Ibid.*

¹⁵*Ibid.*

fiscais necessita da concordância de todos os entes federativos, e posterior ratificação do Poder Executivo de todos os entes federativos.

Embora a Constituição Federal tenha instituído normas para que ocorram as concessões de benefícios fiscais, muitas entidades federativas não respeitam as determinações constitucionais, de modo que atuam de forma paralela, concedendo benefícios unilaterais que não respeitam as exigências procedimentais. Esses benefícios unilaterais acabam acontecendo por meio de legislação estadual, decretos do poder executivo, protocolos de intenções firmados entre administração pública e particulares que buscam dar certa “aparência de legalidade”.

O flagrante desrespeito as exigências procedimentais para concessão de benefícios fiscais configura a guerra fiscal. Sendo assim, é possível concluir que a guerra fiscal ocorre a partir dos incentivos fiscais que não passam pela aprovação do CONFAZ, e posterior ratificação do Poder Executivo dos entes estatais.

A guerra fiscal ocorre porque, o ente federativo que oferece melhores condições (além de uma eficiente infraestrutura), possuirá maior capacidade de atrair empresas, gerando assim, empregos, uma vez que regiões que não possuem grandes infraestruturas elevam o custo das empresas com transporte e comunicação.

Diante deste cenário, qual seja, ausência de eficiente infraestrutura, muitas localidades acabam oferecendo isenções de impostos para empresas e fábricas, buscando compensar a falta de infraestrutura existente em suas áreas.

A guerra fiscal ocasiona perda de arrecadação porque a sucessão de políticas de incentivo implementadas gera uma competição desenfreada, uma espécie de “leilão” entre as unidades da Federação, que se veem obrigadas a abdicar cada vez mais de suas receitas tributárias, oferecendo descontos cada vez maiores, que reduzem gradativamente as suas receitas.

A falta de infraestrutura leva o poder público local a diminuir a arrecadação de impostos com empresas, o que diminui os recursos arrecadados, diminuindo assim, a verba para construção com novas estruturas.

Diversos estados menos desenvolvidos, utilizam dessa estratégia (exemplo: isenções, reduções de alíquotas e de bases de cálculos, deduções, abatimentos e adiamentos de obrigações tributárias) para suprir a escassez de infraestrutura, visto que se torna inviável para eles competirem com os grandes centros econômicos do Brasil.

Neste sentido, Klaus Eduardo Rodrigues Marques:

Outro fator importante para o início dos conflitos entre os entes públicos é a abismal diferença de desenvolvimento entre eles. Hoje a República Federativa do Brasil possui Estados muito à frente dos demais, no que se refere aos aspectos econômicos e sociais. Visando a equilibrar ou, quando menos, diminuir a diferença que os separa, os entes com menor desenvolvimento buscam, com todos os meios de que dispõem, atrair aos seus domínios territoriais empresas teoricamente capazes de alavancar o seu crescimento. Portanto, são essas disparidades econômica, social e política, tão visivelmente encontradas no seio da nossa Federação, que movem as pessoas políticas de direito público a instaurar disputas tributárias, objetivando sempre, desenvolvimento e maior arrecadação¹⁶.

Desta forma, conclui-se que a ausência de infraestrutura em determinadas regiões, faz com que essas mesmas regiões precisem conceder (mesmo que ilegalmente, ou seja, em desacordo com as exigências estabelecidas no ordenamento jurídico pátrio), determinados benefícios, como forma de chamar grandes empresas e indústrias, para fixarem domicílio empresarial nos seus territórios.

Mesmo diante de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, decidindo pela inconstitucionalidade dos convênios que não passam pela aprovação e ratificação do CONFAZ, eles ainda existem, de modo que a ainda é comum a prática da concessão de benefícios fiscais unilaterais.

A verdade é que as entidades federativas não estão em pé de igualdade, uma vez que as regiões sul e sudeste são muito mais desenvolvidas, a ponto de serem preferencialmente escolhidas pelas grandes empresas. E a forma que as regiões menos desenvolvidas têm de “chamarem” essas empresas aos seus territórios, é concedendo benefícios fiscais, que muitas das vezes seriam de extrema relevância para o próprio desenvolvimento regional daquela determinada região.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou fazer breve introdução acerca dos aspectos gerais do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços, bem como conceituar alguns pontos relevantes para a correta compreensão do tema principal, além de demonstrar a tamanha relevância na arrecadação que o referido imposto.

O presente trabalho também expôs a principal problemática do trabalho, qual seja, a diferenciação do percentual de alíquotas, que está diretamente relacionado com o lugar para onde a mercadoria será enviada, visto que, será de 7% caso o destinatário esteja em uma das

¹⁶MARQUES, Klaus Eduardo Rodrigues. *A guerra fiscal do ICMS: uma análise crítica sobre as grossas de crédito*. São Paulo: MP, 2011, p. 103.

unidades federativas contidas na Região Norte, Nordeste e Espírito Santo, e de 12% caso esteja nas demais regiões do Brasil.

Ainda, verificou-se que a arrecadação de impostos tem extrema relevância financeira para a manutenção das regiões brasileiras e que dependendo da finalidade e espécie de tributo, ele será cobrado e fiscalizado por diferentes esferas, podendo ser de competência federal, estadual ou municipal.

Restou evidenciado que o ICMS é o imposto de competência estadual, de maior relevância nacional, uma vez que basicamente todas as relações jurídicas passam por ele, de forma direta ou indireta. Em outras palavras, é possível concluir que o ICMS é a principal fonte de financiamento dos estados brasileiros.

Por fim, foi falado acerca da dificuldade que os estados da Região Norte, Nordeste e Espírito Santo possuem em atrair grandes empresas para o seu território, e em decorrência disso, como forma de atrair grandes empresas para fixarem domicílio em seus territórios, acabam oferecendo, indevidamente (tanto do ponto de vista econômico quanto do ponto de vista legal), benefícios e isenções fiscais.

Diversos fatores, inclusive históricos e culturais, influenciam no desenvolvimento das regiões brasileiras. O fato é que, quando essa desigualdade é trazida para uma realidade moderna, o papel do Estado deve ser a criação de incentivos visando o equilíbrio nacional como um todo.

Conclui-se assim, que a solução para as duas vertentes trazidas ao bojo do trabalho, quais sejam, diferenciação de alíquota de ICMS a depender da região destinatária do produto, bem como, concessão indevida de benefícios e isenções fiscais, deve se voltar para políticas de incentivo regional e fiscalização mais efetiva para evitar a concessão de benefícios concedidos indevidamente, bem como, sanções penais e administrativas para aqueles entes federativos (e suas respectivas autoridades) que não estejam de acordo com os preceitos estabelecidos legalmente, uma vez que não é razoável que se admita que a solução para os desequilíbrios regionais seja a ocorrência de violações a norma constitucional, principalmente no que tange ao procedimento estabelecido para concessão de benefícios.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Juspodivm, 2022.

ATILABA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.



BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm> Acesso em: 30 jul. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul 2023.

_____. *Lei Complementar n. 87*, de 13 de setembro de 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm>. Acesso em: 15 jun. 2023.

_____. Senado Federal. *Resolução n. 22*, de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/rsf/rsf%2022-89.htm>. Acesso em: 16 mai. 2023.

MARQUES, Klaus Eduardo Rodrigues. *A guerra fiscal do ICMS: uma análise crítica sobre as glossas de crédito*. São Paulo: MP, 2011.

PAUSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos federais, estaduais e municipais*. São Paulo: Saraiva, 2022.

VILELA, Pedro Rafael. *Sul e Sudeste concentram 91% dos municípios mais desenvolvidos*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-06/sul-e-sudeste-concentram-91-dos-municipios-mais-desenvolvidos>>. Acesso em: 30 jul. 2023.

A TUTELA DOS INTERESSES DE MENORES NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: O *TRUST* COMO ALTERNATIVA

Murillo Gabriel de Almeida Prado Pacheco

Graduado pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). Advogado.

Resumo – embora a morte seja um evento natural e inevitável, a legislação nacional raramente cuida de tratar dos arranjos de sucessão em vida. Neste sentido, surge o Projeto de Lei n. 4.758/2020, que propõe a introdução do *trust* ou negócio jurídico fiduciário no direito brasileiro, reconhecido no direito anglo-saxão e elogiado pela doutrina por sua utilidade na proteção dos interesses de menores em matéria sucessória. Dessa maneira, a pretensão deste trabalho é analisar o planejamento sucessório como um modelo de organização da sucessão, considerando as restrições legais aplicáveis, em especial, a intangibilidade da parte reservada aos herdeiros-necessários; e, também, explorar os meios disponíveis para lidar com potenciais violações dessas regras, além de discutir a aplicabilidade do *trust* do *common law* como um dos mecanismos de sucessão em vida à disposição do planejador, com a utilidade específica de tutelar os interesses dos menores interessados na sucessão.

Palavras-chave – Direito Civil. Sucessões. Planejamento sucessório. Tutela dos interesses de menores. *Trust*.

Sumário – Introdução. 1. Planejamento sucessório: a troca de gerações e a necessidade de perpetuação do patrimônio familiar. 2. A liberdade negocial e os limites impostos em matéria sucessória: a intangibilidade da legítima. 3. O *trust* do *common law* como opção de tutela dos interesses de menores no planejamento sucessório. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva discutir a aplicabilidade e a utilidade do *trust*, que é um instituto jurídico típico da *common law*, objeto sobre o qual se dedica o Projeto de Lei n. 4.758/2020, como instrumento de planejamento sucessório, dentre os diversos mecanismos de sucessão em vida à disposição do estipulante, especialmente para a tutela de interesses de menores.

Procura-se demonstrar, dessa forma, que o descuido legislativo ao não se dedicar a regulamentar o *trust* pode ter sensibilizado a tutela interesses desses indivíduos, dando margem para construções controversas acerca da matéria, as quais são capazes de gerar insegurança jurídica.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando que os mecanismos de sucessão em vida ganharam relevância, com o aumento significativo na busca por estratégias de planejamento sucessório. Por esta razão, mostra-se relevante (jurídica e socialmente) a análise do conteúdo das disposições eventualmente constantes desses instrumentos antecipatórios de herança.



Isso porque são, como regra, negócios jurídicos, os quais poderão – pelo menos, em tese –, estipular disposições contratuais eivadas de nulidade.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, quais são os limites à liberdade negocial em matéria sucessória, dentre eles, especialmente a intangibilidade da legítima dos herdeiros-necessários e as formas a resolução dos conflitos decorrentes do seu extrapolamento, despertando a atenção para os mecanismos de tutela jurisdicional à disposição dos herdeiros lesados à equalização dos quinhões hereditários objeto de adiantamento.

Por fim, o terceiro capítulo pesquisa a utilidade do *trust* como instituto jurídico voltado à tutela dos interesses de menores em matéria sucessória, garantindo-lhe, por meio da afetação patrimonial, com destinação de verba específica para a realização de seus interesses - educação, cursos, lazer, esporte, saúde, cultura, etc. -, e da nomeação de uma pessoa como responsável por administrar esses ativos, sempre no melhor interesse do menor - o fiduciário.

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: A TROCA DE GERAÇÕES E A NECESSIDADE DE PERPETUAÇÃO DO PATRIMÔNIO FAMILIAR

A sucessão ocorre independentemente de qualquer planejamento. A necessidade de renovação das figuras ocupantes das posições de liderança na entidade familiar é um fato posto, haja vista a própria natureza da vida humana, contemplada pela finitude que lhe é própria e consabida: não sem razão se dizia entre os antigos que a única certeza que se tem durante a vida é a iminência da morte, a qual é acompanhada pela incerteza de não se saber precisar o exato momento de sua ocorrência.

É evidente que este conflito reverbera nas relações jurídicas de cunho familiar e, conseqüentemente, sucessório, destituindo as figuras centralizadoras como única fonte de poder familiar, em prestígio à crescente voz ativa dos demais integrantes da entidade – como os filhos,

os quais se mostram, na vida adulta, tão competentes e capazes quanto os pais para gerir os negócios da família¹.

Este fenômeno acaba por incentivar a adoção de uma postura menos nepotista e mais meritocrática, em que pese a escolha dos sucessores na gestão patrimonial familiar, o que pode ser muito benéfico numa perspectiva de prosperidade econômica da família como um todo.

Por óbvio, os métodos de acomodação de direitos e de deveres entre os herdeiros devem ser fundamentados, antes de tudo, em parâmetros de estrita igualdade entre os herdeiros. Contudo, em sendo constatados maiores graus de competência, de interesse e de dedicação, por determinados herdeiros, ao gerenciamento dos negócios familiares, parece aconselhável mantê-los em posições de liderança destas atividades.

É o que se verifica, especialmente, em relação aos cargos de gestão dos negócios da família, em que uma abertura muito grande do controle gerencial à integralidade do quadro hereditário pode acarretar em dificuldades ao bom desempenho da atividade.

Contudo, nada impede que aqueles herdeiros com menor potencial de exercício das funções gerenciais figurem a posição de acionistas ou quotistas do quadro social de uma empresa familiar constituída justamente para o seu propósito, percebendo lucros e dividendos decorrentes do trabalho e do esforço dos sócios controladores.

Com isto, busca-se garantir maior amplitude à persecução da finalidade social que foi constitucionalmente conferida ao acervo patrimonial da unidade familiar, prestigiando a perpetuação do patrimônio e dos empreendimentos familiares.

Em comunhão a estes elementos, faz-se necessário, por óbvio, pontuar balizas normativas do processo sucessório na atualidade. Em matéria sucessória, não é raro o engessamento da ordem pátria em torno de institutos jurídicos rígidos, tais como a legítima, tangenciado pelo completo desprezo, do legislador, em relação aos demais métodos e critérios de divisão de direitos e de obrigações entre herdeiros e terceiros interessados.

Tem-se que isto se deve ao grande descompasso do direito sucessório brasileiro com a sociedade contemporânea, seja pela menor expressividade do fenômeno da constitucionalização do direito privado nesta área específica, porquanto a resistência e o tradicionalismo da doutrina e da jurisprudência pátrias tendem a se ater a critérios estritamente

¹ PRADO, Roberta Nioac. Coletânea de entrevistas: principais problemas a serem equacionados em uma empresa familiar/família empresária e principais dificuldades para a equação dos problemas e acomodação dos interesses. In: _____. (Coord.). *Aspectos relevantes da empresa familiar e da família empresária: governança e planejamento patrimonial sucessório*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 31.

legalistas para dirimir os conflitos em matéria sucessória; seja em razão da já mencionada delicadeza, para a sociedade como um todo, do assunto cerne das sucessões: a morte.²

Mutatis mutandis, a intangibilidade da legítima, fundada no primado constitucional da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar é norma de caráter cogente que eiva a ordem jurídica sucessória, como um todo³.

Veja-se: não se objetiva aqui discutir a necessidade (ou não) de revisitação do instituto – ou melhor, de sua relativização, como se defende^{4, 5 e 6}, por entenderem-na como um modelo estatal coercitivo de gerenciamento e de distribuição do patrimônio àqueles que são considerados pela lei como merecedores *in abstracto* de parcela mínima da herança, com características de paternalismo excessivo⁷.

A par destas discussões, não se questiona o fato de que os demais mecanismos sucessórios - que não a própria legítima; ou, ainda, a sucessão por disposição final - não despertaram a atenção da entidade legiferante, sendo por ela abordado, quando muito, de maneira breve e muito contida.

Está-se aqui a tratar dos chamados *will-substitutes*, os substitutos ao testamento, em tradução literal, figuras que são recorrentes no direito anglo-saxônico. Estes institutos buscam a transmissão do patrimônio entre gerações por meio de transações legais *inter vivos*, em substituição às disposições *mortis causa*, com notória finalidade de redução da carga tributária na sucessão⁸.

Tais figuras, contudo, ainda não despertaram o interesse do legislador brasileiro. Em decorrência disto, é evidente a carência regulamentadora, ilustrada pela quantidade de litígios instaurados, tendo como objeto, especialmente, os *will-substitutes*, seja pela constituição de pessoas jurídicas familiares, por operações de doação em vida, gravadas com a cláusula de

² TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: ____ (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019a, p. 24.

³ NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 162.

⁴ TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019b, p. 77.

⁵ TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz sentido a permanência do princípio da intangibilidade da legítima no ordenamento jurídico brasileiro? In: TEIXEIRA, (Coord.), *op. cit.*, 2019a, p. 125.

⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidades negociais em perspectiva funcional: ensaio de uma aplicação do planejamento sucessório. In: *Ibid.*, p. 208.

⁷ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Successões*. Rio de Janeiro: Typ, 1915, p. 194 *apud* DELGADO, Mário Luiz. *Chegou a hora de visitar a legítima dos descendentes e ascendentes*. Processo familiar, Conj. 13 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-13/processo-familiar-preciso-revisitar-legitima-descendentes>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

⁸ TEIXEIRA, *op. cit.*, 2019b, p. 207-208.

incomunicabilidade ou de inalienabilidade, ou, ainda, com a instituição de usufruto em benefício do doador, ou, por fim, pela celebração de negócios jurídicos onerosos, como as cessões ou vendas, entre herdeiros, de quotas sociais ou de ações.

É comum que os litígios tratem (com razão) acerca da legitimidade das cláusulas – cujo caráter é, na maioria das vezes, excessivamente diretivo – e das consequências eventualmente oriundas destas avenças, dada a inexistência de um regramento coeso e coerente quanto aos limites ao exercício da autonomia da vontade, em se tratando de um processo sucessório por *will-substitutes*.

É bem verdade que o sistema do *common law* prestigia a autonomia da vontade em detrimento do princípio da intangibilidade da legítima. Contudo, os benefícios dos *will-substitutes* são amplamente perceptíveis, considerando a eventual desnecessidade de instauração de inventário ou partilha *post mortem* de bens, o que é garantia de agilidade e fluidez no procedimento de divisão de bens e direitos entre os herdeiros, tendo em vista a facilidade dos meios de transferência de bens *inter vivos*, o que acarretar uma maior circulação de riquezas.

Por óbvio, este vazio legislativo representa um grande desafio à entidade familiar brasileira, donde se extrai não só a alta litigiosidade em matéria sucessória, atribuindo-se ao Poder Judiciário a árdua tarefa de solucionar conflitos em que não há resposta legal satisfatória, mas também a elevada carga tributária e a alta morosidade no âmbito do processo sucessório.

Por este motivo, é evidente a necessidade de aperfeiçoamento das diretrizes de perpetuação do acervo patrimonial e dos empreendimentos familiares, assim como a revitalização dos institutos já existentes, buscando-se não só a otimização da sucessão planejada, como também a diminuição das taxas de mortalidade dos empreendimentos familiares com o advento da troca de gerações e a conseqüente diminuição dos conflitos judiciais nesta seara.

2. A LIBERDADE NEGOCIAL EM MATÉRIA SUCESSÓRIA E OS LIMITES IMPOSTOS PELA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: A INTANGIBILIDADE DA LEGÍTIMA DOS HERDEIROS-NECESSÁRIOS

Na contramão do civilismo tradicional, o direito das sucessões demonstra acentuada desconfiança acerca da liberdade negocial⁹, tendo-se como exemplo o caráter intangível da legítima e o alto grau de complexidade da espécie negocial testamentária.

⁹ SOUZA, *op. cit.*, p. 209.



Logo, é posto que a autonomia negocial em matéria sucessória – isto é, o cerne do planejamento sucessório – é estritamente circunscrita por diretrizes de ordem pública impostas pelo legislador.

Tratam-se de entraves que decorrem não de escolhas legislativas infundadas, mas sim de um juízo axiológico-valorativo conscientemente instituído pela norma legislada¹⁰, expresso mediante causas legais de invalidade negocial.

Os instrumentos de planejamento sucessório não buscam se esquivar da observância desta carga axiológica positivada: a bem da verdade, seu propósito se restringe a proporcionar um complexo de possibilidades jurídicas, cuja finalidade principal é a antecipação da partilha *mortis causa* do patrimônio, com fins de evitar conflitos futuros entre os herdeiros e promover a divisão prévia de responsabilidades e de obrigações entre eles.

Sucedem que este conjunto de mecanismos, *a contrario sensu*, não se destina ao descumprimento dos comandos legais. Pelo contrário: o planejamento sucessório válido pressupõe a observância integral e irrestrita aos limites legalmente impostos à disposição patrimonial, não obstante a recorrente ideia de que esta forma de divisão do patrimônio se destina exclusivamente a fraudar a legítima.

O entendimento de que o planejamento sucessório se presta à fraude é equivocado e deve ser superado¹¹, já que devem se ater às balizas normativas: a principal preocupação do planejador – isto é, o futuro autor da herança – deve ser a manutenção e a proteção da legítima.

Esta proteção qualificada legalmente conferida à porção do acervo patrimonial do *de cuius* que confere ao herdeiro necessário a mais privilegiada posição no direito das sucessões, deverá ser considerada em todo ato e qualquer de disposição, em vida ou *post mortem*.

Diz-se “ato de disposição”, porquanto a lei civil se preocupa exclusivamente em assegurar a intangibilidade da legítima aos testamentos (artigo 1.789 do Código Civil¹²) e às doações (artigo 549 do Código Civil¹³), não abarcando, propositalmente¹⁴, as operações onerosas, como a compra e venda, a dação em pagamento ou a permuta.

Destarte, o ordenamento jurídico põe à disposição dos herdeiros e/ou de eventuais credores institutos jurídicos capazes de sanar eventuais infringências à intangibilidade da legítima, sendo eles: o dever de colação dos bens recebidos em vida; a incidência da teoria da

¹⁰ *Ibid.*, p. 209.

¹¹ TEIXEIRA, *op. cit.*, 2019b, p. 66.

¹² BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 31 jul. 2023.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 790.

desconsideração da personalidade jurídica; e, por fim, a redução de disposições testamentárias e doações inoficiosas¹⁵.

A colação é instrumento à disposição dos herdeiros para fazer valer a equivalência das legítimas e a igualdade entre os herdeiros¹⁶. Deste modo, em havendo determinado herdeiro recebido quaisquer bens do *de cuius*, a título de doação em vida, deverá ele levar estes bens à colação, sob pena de se submeter à aplicação das penas da sonegação.

A doação em vida, como instrumento de planejamento sucessório se destina à antecipação da fruição, pelo herdeiro-donatário, do bem objeto da disposição gratuita. Destarte, em se verificando o interesse em privilegiar herdeiro específico em detrimento dos demais, por meio da omissão da operação, surge o dever de colacionar, o qual alcança, inclusive, aqueles bens que não mais estiverem sob o domínio do beneficiado no momento de abertura da sucessão.

A grande problemática extraída do instituto tem que ver com o valor de avaliação do bem colacionado. Não obstante a norma positiva civilista prescreva que o valor a ser atribuído ao bem colacionado deva ser aquele constante no ato de disposição (artigo 1.792 do Código Civil¹⁷), a lei processual civil - artigo 1.014 do Código de Processo Civil de 1973¹⁸ e artigo 639, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015¹⁹ - reformou este entendimento, fixando-se o valor do bem no momento da abertura da sucessão (morte) como parâmetro para fins de equivalência das legítimas^{20 e 21}.

Na sequência, tem-se a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*). Preconizado pelo artigo 50 do Código Civil²², este instituto propõe a desconsideração da blindagem patrimonial da personalidade jurídica, em casos de abuso pelo desvio de sua finalidade ou por confusão patrimonial.

¹⁵ DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no planejamento sucessório. In: *Ibid.*, p. 227-231.

¹⁶ OLIVEIRA, Alexandre Miranda; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A colação e seus reflexos no planejamento sucessório. In: *Ibid.*, p. 41-43.

¹⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

¹⁸ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 31 jul. 2023.

¹⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 31 jul. 2023.

²⁰ OLIVEIRA; TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 49-51.

²¹ DELGADO; MARINHO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 230.

²² BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

O instituto tem sua aplicabilidade verificada em se tratando da utilização de empresas familiares, ou não, como forma de planejamento sucessório²³. Tais instrumentos societários podem ser utilizados com a finalidade de esvaziar o acervo patrimonial do autor da herança e, por conseguinte, privilegiar determinados herdeiros em detrimento de outros, prejudicando a indisponibilidade da legítima.

Deve-se registrar, ainda, com fins de evitar este mau uso da personalidade jurídica, os herdeiros necessários possuem à sua disposição a aplicação do instituto processual da desconsideração da personalidade jurídica.

Portanto, o uso abusivo da personalidade jurídica de uma sociedade, invocando-se o primado da separação de personalidades e distinção de patrimônios, com o fim de violar princípios jurídicos de caráter público e cogente – a intangibilidade da legítima –, resulta na aplicabilidade do *disregard doctrine*, em especial, em sua modalidade inversa, para os fins de responsabilização da sociedade em virtude dos atos ilícitos praticados por seu sócio.

Por fim, vale ressaltar o mecanismo de redução das disposições testamentárias e das doações inoficiosas, cuja finalidade é extirpar o conteúdo destes atos de disposição naquilo que excederem a quota hereditária disponível. Por meio destes institutos, torna-se ineficaz a dita parte inoficiosa do testamento (artigo 1.967 e parágrafos do Código Civil²⁴) ou da doação (artigo 549 do Código Civil²⁵), mediante declaração judicial, conservando-se os efeitos do negócio jurídico no que concerne ao restante de seu conteúdo.

A legítima constitui-se em uma limitação à liberdade de testar e de doar. Logo, em havendo a ocorrência de violação à proteção legal da legítima por atos de disposição - doação ou testamento -, os herdeiros necessários poderão se utilizar de ações sucessórias, tais como a ação de redução de doações inoficiosas ou a ação de redução de disposições testamentárias, cujo principal pressuposto é a demonstração do excesso violador da legítima²⁶.

Por estes motivos, pode-se concluir que é árdua a tarefa de identificação do ato ou do negócio de planejamento sucessório que atente contra a ordem jurídica, já que, em sua grande parte, estes atos buscam seu fundamento em norma jurídica permissiva, tal como a autonomia privada, a despeito de seu objetivo ilícito e de seu resultado repudiado pela lei – o que se

²³ NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila. Pessoa jurídica e planejamento sucessório: o risco da desconsideração. In: TEIXEIRA, *op. cit.*, 2019a, p. 248.

²⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ MADALENO, Rolf. Desconsideração da personalidade jurídica no direito das sucessões. In: TEIXEIRA, *op. cit.*, 2019a, p. 259.

convencionou denominar de “atos *in fraudem legis*”²⁷, os quais devem ser considerados nulos, por serem praticados em fraude à lei (artigo 166, VI, do Código Civil²⁸).

Deste modo, o operador do direito das sucessões se vê desafiado, ao utilizar dos instrumentos de planejamento sucessório, a agir com o mais elevado nível de cautela, de modo a isentar-se da prática de atos *in fraudem legis*, privilegiando, assim, a observância à finalidade axiológica do ordenamento e a proteção inquebrantável da legítima.

E, em sendo o caso de prejuízo à intangibilidade da parte indisponível, pela prática de atos fraudulentos, têm os herdeiros à sua disposição mecanismos processuais para a preservação de seu direito hereditário, como o pedido de colação, a ação de redução e o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, o que evidencia a *intentio legis* de submeter os indivíduos aos limites legais do planejamento sucessório.

3. O TRUST DO COMMON LAW COMO OPÇÃO DE TUTELA DOS INTERESSES DE MENORES NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, um instituto similar ao *trust* anglo-saxônio, embora regulamentado pela “Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o Reconhecimento Deles”²⁹, instrumento internacional notadamente estabelecido com fins de aproximar o instituto do sistema da *civil law*³⁰.

A despeito dos esforços internacionais de popularização do instrumento, o instituto permanece restrito aos brasileiros dotados de possibilidade financeira e de recursos econômicos suficientes para instituí-lo no exterior, sob o manto da legislação estrangeira.

A desídia do legislador em incorporar o *trust* à ordem jurídica pátria - ainda que tramite, sem maiores avanços, no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 4.758/2020³¹, que objetiva em tese positivar o instituto - resulta na falta de democratização do instituto, que se reserva a um grupo muito seletivo de pessoas. Como consequência disso, as inúmeras vantagens do *trust* acabam por ser compulsoriamente ignoradas por milhões de brasileiros.

²⁷ DELGADO; MARINHO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 231.

²⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

²⁹ CONFERÊNCIA DA HAIJA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. *Convenção de Haia sobre a lei aplicável aos trusts e ao reconhecimento deles*, 01 jul. 1985, Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=59>> Acesso em: 31 jul. 2023.

³⁰ OLIVA, Milena Donato. *Trust*. In: TEIXEIRA, *op. cit.*, 2019a, p. 367.

³¹ BRASIL. *Projeto de Lei n. 4.758*, de 29 de setembro de 2020. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2263549>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

A resistência dos países de tradição romano-germânica à adesão do *trust* tem que ver com o regime jurídico que o instituto aplica à propriedade, dividindo-a entre propriedade formal e propriedade substancial. Por esta razão, os efeitos do *trust* são melhor explicados por meio da técnica da separação patrimonial, mecanismo conhecido dos sistemas do *civil law*.

Em outras palavras, o *trust* implica, necessariamente, na transferência patrimonial de uma pessoa (o *settlor* ou instituidor do *trust* - ou ainda, o fiduciante, nos termos empregados pelo Projeto de Lei n. 4.758/2020³²) à outra (o *trustee* - ou fiduciário), com a ressalva de que o objeto desta transferência (o bem em *trust*) não ingressará o patrimônio pessoal do *trustee*, mas comporá patrimônio destacado/separado/afetado: o patrimônio em *trust*.

Três são os personagens que estruturam o *trust*: o *settlor*/instituidor/fiduciante, quem institui o *trust*; o *trustee*/fiduciário, quem recebe do *settlor* a titularidade dos bens em *trust*; e, por último, o beneficiário, que é quem receberá os proveitos da administração patrimonial empreendida pelo *trustee*.

E mais: o que marca esta transferência patrimonial é a finalidade a que ela se destina (afetação). Em torno deste motivo instituído pelo *settlor* no instrumento de *trust* é que girará o dever do *trustee* de administrar o patrimônio em *trust* a fim de atingir a finalidade instituída. A titularidade do *trustee* é, portanto, “funcionalizada à realização do escopo da afetação, de tal sorte que deve atuar positivamente no sentido de promover, da melhor forma possível, a finalidade do *trust*”³³.

A intenção - ou mesmo a finalidade - é o elemento condicionante da existência do *trust*, a qual deve ser declarada juntamente com a transferência e/ou titularidade dos bens em *trust*³⁴. É a intenção que difere o *trust* dos demais mecanismos de transmissão de domínio: a finalidade do *trust*, que vincula o *trustee* a gerir o patrimônio com vistas a atingir a finalidade eleita. É por decorrência disto, ainda, que o patrimônio em *trust* se destaca do patrimônio pessoal do *trustee* (afetação), oferecendo-lhe proteção legal especial e limitação dos riscos (blindagem patrimonial).

Isto permite, a um exemplo, que uma família, “no lugar de pagar um seguro educacional para garantir a educação dos filhos, (...) [transfira] ao *trustee* a titularidade de determinados ativos, que ficariam blindados e totalmente destinados a prover a educação dos filhos”³⁵.

³² BRASIL, *op. cit.*, nota 31.

³³ OLIVA, *op. cit.*, p. 369.

³⁴ SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: Trevisan, 2016, p. 31-33.

³⁵ OLIVA, *op. cit.*, p. 372.

Por derradeiro, é a finalidade do *trust* é o elemento que permitirá a utilização deste instituto – ao menos, nos países em que é admitido – como instrumento de planejamento sucessório, como se verá na sequência.

Pois bem. A partir das diretrizes até então traçadas do instituto; e, tomando-se como base os artigos 2º e 11 da Convenção de Haia³⁶, pode-se consignar as seguintes premissas, *in verbis*:

(i) os bens em *trust* constituem patrimônio separado, que não se confunde com o patrimônio pessoal do *trustee*; (ii) a titularidade dos bens em *trust* fica em nome do *trustee*; (iii) o *trustee* tem o poder e o dever, do qual deve prestar contas, de administrar, gerir ou dispor dos bens, de acordo com os termos do *trust* e com os deveres específicos que lhe são impostos pela lei. (iv) os credores pessoais do *trustee* não podem executar os bens em *trust*; (v) os bens em *trust* não serão arrecadados na hipótese de insolvência ou falência do *trustee*; e (vi) os bens em *trust* não integram o patrimônio da sociedade conjugal nem o espólio do *trustee*³⁷.

A partir daqui, é necessário registrar que o *trust* permite “a uma determinada pessoa ter gozo de um determinado bem sem figurar nominalmente como sua proprietária ou titular”³⁸. Com efeito, esta é a posição figurada pelo beneficiário do *trust* (*cestui que trust*).

Daí a vantagem do instituto – a qual vem sendo reiteradamente ignorada pelo legislador nacional – na tutela de interesses de menores, para além da vida de seus pais.

A problemática da tutela de menores está relacionada à forma de gestão dos bens e da pessoa dos filhos. Em regra, destina-se a tutela dos interesses do menor ao tutor; embora este tutor exerça múnus público e deva prestar contas de sua atuação, ele possui discricionariedade para tomar decisões conforme sua conveniência.

Vale ressaltar que o tutor deve acumular funções: não só deve se dedicar aos cuidados educacionais e familiares do menor, como também da gestão patrimonial de seus interesses.

O *trust* seria solução salutar para os casos de planejamento sucessório em prestígio a interesses de herdeiros menores - ainda que tal possibilidade tenha sido ignorada pelo Projeto de Lei n. 4.758/2020³⁹ -, permitindo aos pais destinar ao *trustee* as atividades de gestão patrimonial, vinculando os ativos em *trust* para atender as necessidades do menor; enquanto ficariam reservadas à figura do tutor apenas as atividades de gestão educacional e familiar.

³⁶ CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, *op. cit.*, nota 29.

³⁷ OLIVA, *op. cit.*, p. 368.

³⁸ SALOMÃO NETO, *op. cit.*, p. 25.

³⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 31.



Os exemplos de instituição de *trust* em atenção a interesses de menores, como o *trust* com destinação de verba específica para educação, cursos, lazer, esporte, saúde, cultura, etc., de maneira a garantir a plena realização da vida da pessoa de seus filhos para além de sua morte.

O *trustee* e o tutor passariam a exercer mútuo controle e colaboração entre si, uma vez que o primeiro está plenamente vinculado às diretrizes do *trust* (motivo). Ele acaba por fiscalizar a atuação do tutor, verificando se efetuou a matrícula do incapaz em escola do nível indicado pelos pais, se está efetivamente investindo no lazer e na cultura deste consoante a verba para tanto destinada etc. O controle é mútuo, pois o tutor poderá exercer o controle e a fiscalização da gestão patrimonial do *trustee*.

Como consequência deste mecanismo dual de tutela do interesse do menor, torna-se possível garantir a continuidade da vida deste e a plena realização de sua personalidade, independentemente de eventuais mudanças que possam ocorrer com as pessoas dos tutores.

O *trust* não é o instrumento de tutela dos interesses do menor, propriamente. Ele funciona como instrumento adicional, que soma forças aos institutos já existentes de proteção de menores. É adicional, complementar; e não substitutivo. No entanto, a desídia legislativa e a aversão à instituição de eventual patrimônio separado em razão do risco de fraude impedem a tutela adequada e sofisticada dos interesses dos menores na sucessão.

Esquece-se que o *trust*, caso fosse instituído, teria que atender aos preceitos legais para tivesse reconhecida sua validade. A blindagem patrimonial não surge como meio propiciador de fraude, mas como forma de tornar efetivo o *trust* - e tutelar o interesse da criança ou do adolescente.

Não há risco adicional de fraude, portanto – ao menos, não capaz de invalidar os diversos benefícios decorrentes da implementação do instituto, como a proteção aos interesses dos vulneráveis, como ressaltado, reforçando o binômio flexibilidade-segurança a que o instituto se destina.

Contudo, apesar do esforço da Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o Reconhecimento Deles, não só o Brasil como diversos países do *civil law* resistem em superar seus receios com relação ao instituto, ao passo que os países da *common law* se valem, há muito, de seus benefícios.



CONCLUSÃO

A imprevisibilidade da morte torna coerente a preocupação de qualquer indivíduo em realizar, da maneira mais conveniente - e legalmente aceita -, a divisão de bens e de direitos, de obrigações e de responsabilidades, entre seus herdeiros ou até terceiros.

Cabe a ele ou ela lançar mão de mecanismos legais à sua disposição, a fim de, ainda em vida, fazer valer sua vontade final. Isto acaba sendo benéfico para a família como um todo - e para todos com quem ela se relaciona -, numa perspectiva de prosperidade econômica, em se considerando que serão dedicados os mais competentes esforços para se perpetue os negócios familiares no decorrer das gerações, furtando-se da sistemática de privilégio de alguns herdeiros em detrimento dos demais.

Por óbvio, mecanismos como estes devem ser manuseados com estrita atenção aos ditames legais. Dentre eles, a intangibilidade da legítima é a norma restritiva ao exercício da livre vontade do autor da herança de maior relevância, devendo ser por ele considerada em todas as operações por ele utilizadas em sede de planejamento sucessório.

Daí por que o ordenamento jurídico instituiu instrumentos de proteção e contenção de infringência à legítima. O herdeiro eventualmente prejudicado pela autonomia negocial em matéria sucessória pode lançar mão de institutos jurídicos específicos, cuja finalidade será sempre resguardar o acervo hereditário a ele reservado, como por exemplo a colação de bens; a teoria da desconsideração da personalidade jurídica; e, a ação da redução de disposições testamentárias e de doações inoficiosas.

Em outras palavras, o autor da herança não se encontra em posição de liberdade irrestrita ao direito de testar, de doar e, enfim, de planejar: o exercício dessa liberdade deve levar em consideração a *intentio legis* de submeter os sucessores e os sucedidos aos limites legalmente estabelecidos aos instrumentos de planejamento sucessório.

E mais: em se tratando da tutela do interesse de menores em matéria sucessória, poder-se-ia apontar para uma desídia da atividade legiferante em incorporar à ordem jurídica pátria instrumentos que são típicos do direito anglo-saxônico - como o *trust*, que possibilitam aos pais destinar recursos financeiros e concentrar competências e responsabilidades a pessoas de sua confiança, que ficariam encarregadas de atender as necessidades do menor.

Contudo, apesar do esforço global em regulamentar esses institutos, seja em nível de direito interno, seja por meio de tratados e convenções internacionais, não só o Brasil como diversos países do *civil law* resistem em superar seus receios com relação ao instituto, ao passo que os países da *common law* se valem, há muito, de seus benefícios.



REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. *Projeto de Lei n. 4.758/2020*, de 29 de setembro de 2020. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2263549>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. *Convenção de Haia sobre a lei aplicável aos trusts e ao reconhecimento deles*, 01 jul. 1985, Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=59>> Acesso em: 31 jul. 2023.

DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum: 2019.

DELGADO, Mário Luiz. *Chegou a hora de visitar a legítima dos descendentes e ascendentes*. Processo familiar, Conjur. 13 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-13/processo-familiar-preciso-visitar-legitima-descendentes>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, Rolf. Desconsideração da personalidade jurídica no direito das sucessões. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum: 2019.

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila. Pessoa jurídica e planejamento sucessório: o risco da desconsideração. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVA, Milena Donato. Trust. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

OLIVEIRA, Alexandre Miranda; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A colação e seus reflexos no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte, Fórum, 2019.

PRADO, Roberta Nioac. Coletânea de entrevistas: principais problemas a serem equacionados em uma empresa familiar/família empresária e principais dificuldades para a equação dos



problemas e acomodação dos interesses. In: _____. (Coord.). *Aspectos relevantes da empresa familiar e da família empresária: governança e planejamento patrimonial sucessório*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: Trevisan, 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidades negociais em perspectiva funcional: ensaio de uma aplicação do planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: _____. (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019a.

_____. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019b.

_____; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz sentido a permanência do princípio da intangibilidade da legítima no ordenamento jurídico brasileiro? In: _____. (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.



A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DA CRFB/88 E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO DA ADPF 635

Myllena Carvalho Alves Louza

Graduada pelo Centro Universitário Anhanguera de Niterói. Advogada.

Resumo - o Brasil, desde sua democratização, tem ratificado tratados internacionais fortalecendo as garantias legais. O artigo 4º da CRFB/88 estabelece princípios que regem o direito internacional, com destaque para a independência nacional e a prevalência dos direitos humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e o Supremo Tribunal Federal possuem diferentes papéis. A CIDH atua no controle de convencionalidade e, em casos de violação de direitos humanos, pode condenar os Estados-membros, como no caso "Favela Nova Brasília vs. Brasil", utilizado como fundamento para a interposição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 635. O Supremo Tribunal Federal (STF), que exerce o chamado controle de constitucionalidade, importou da Corte Colombiana a técnica da Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, que permite o diálogo entre poderes para enfrentar violações sistêmicas de direitos fundamentais, como no caso da ADPF n. 635. Esta ação, que ainda encontra-se tramitando perante o STF, busca impedir lesões a preceitos fundamentais causadas pelo Estado, com destaque para a política de segurança pública no Rio de Janeiro. A decisão proferida pelo Supremo em sede de medida cautelar gerou críticas, mas visa garantir direitos fundamentais, preservando a dignidade humana e a jurisdição, bem como a prevalência dos preceitos previstos constitucionalmente.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Arguição de Preceito Fundamental. Direitos Fundamentais. Controle de Convencionalidade.

Sumário - Introdução. 1. A participação do Brasil nas discussões internacionais sobre direitos humanos e a sua internalização na jurisdição pátria. 2. Aplicação da técnica da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional na ordem jurídica brasileira. 3. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente às violações de direitos fundamentais narradas na ADPF n. 635. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute o chamado Estado de Coisas Inconstitucional e a violação de direitos humanos presentes na Arguição de Preceito Fundamental 635. A ação foi proposta sob o argumento da existência de violação de direitos fundamentais e de direitos humanos, praticados pelo estado do Rio de Janeiro contra moradores de comunidades fluminenses.

Porém, o cabimento dessa ação no presente caso é controvertido.

A Advocacia Geral da União e o ex-governador do Rio de Janeiro defendem a



subsidiariedade da demanda, e que os requerimentos realizados pelo autor configuram hipótese de intervenção no estado. Já a Procuradoria Geral da República defende a possibilidade de propositura da ação para controle das violações de direitos fundamentais pelo poder judiciário.

Todavia, por se tratar de uma violação de direitos reconhecidos em âmbito nacional e internacional, é possível o controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e o controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) é a medida cabível contra atos praticados pelo Poder Público que violam ou ameaçam preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República.

A ADPF necessita da presença de três requisitos cumulativos para a sua propositura, que são (1) a presença de lesão efetiva ou ameaça de lesão a preceitos fundamentais; (2) que o Poder Público seja o autor dessa prática; e (3) ausência de outro meio para sanar a lesão efetiva ou a ameaça de lesão.

O primeiro capítulo deste trabalho analisa a participação do Brasil nas discussões internacionais sobre direitos humanos, a internalização dos tratados e convenções sobre este tema, e a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para aplicar sanções ao país em caso de descumprimento dos direitos internalizados.

O segundo capítulo deste trabalho expõe a natureza, a origem e o momento histórico em que foi criado o Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Colombiana, analisa a importância da sua importação pelo Supremo Tribunal Federal e as consequências da sua declaração, esclarecendo se a sua aplicação no Brasil viola o princípio constitucional da separação dos poderes.

No último capítulo deste trabalho é realizada uma análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635, e do papel desempenhado pela sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Favela Nova Brasília x Brasil nas decisões proferidas pelo Supremo na ADPF 635, abordando os entendimentos doutrinários positivos e negativos acerca do tema, sopesados a partir dos direitos fundamentais objeto da lesão na discutida na ação.

A pesquisa realizada é desenvolvida no método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador pretende abordar um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto de pesquisa, com o fim de comprová-las



ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem desta pesquisa jurídica é qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia, legislação e jurisprudência pertinente à temática, para sustentar a sua tese.

1. PARTICIPAÇÃO DO BRASIL NAS DISCUSSÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS E A SUA INTERNALIZAÇÃO NA JURISDIÇÃO PÁTRIA

O Brasil, a partir da sua democratização, passou a ratificar tratados internacionais. A primeira ratificação ocorreu em 1989, e tratava da internalização da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

A partir da promulgação da Constituição Federal da República do Brasil, inúmeros foram os tratados ratificados¹. De acordo com Ramos, “o Brasil ratificou e já incorporou internamente quase todos os principais tratados internacionais, tendo ainda dado seu apoio à edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos.”²

Os tratados internacionais de direitos humanos reforçam as garantias e direitos previstos em lei, ou ainda, caso não existam internamente, a partir da ratificação, passam a produzir efeitos no país, ampliando o rol dos direitos que já existiam.

No artigo 4º da CRFB/88, há um rol de princípios que regem o direito internacional com os demais países, sendo o mais importante o previsto no inciso I, que reitera a independência nacional. O inciso II, por sua vez, afirma a prevalência dos direitos humanos.

Segundo Aras, “as normas internacionais podem ser incorporadas por um sistema de transformação, que exige que sejam elas convertidas em normas de direito interno. Essa transformação pode ser implícita ou explícita e se harmoniza com as concepções dualistas.”³

De acordo com a CRFB/88 em seu artigo 102, I, ‘a’, §1º, compete ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, realizar o controle concentrado de constitucionalidade.

¹ PIOVERSAN, Flávia. *A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2023.

² RAMOS, André Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, [e-book].

³ ARAS, Vladimir. *Coleção Método Essencial: Direito Internacional Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022, [e-book].



Pode-se citar, como exemplo de realização do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo, a competência para processamento e julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por sua vez, é a guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos tratados de direitos humanos⁴. A Corte realiza o controle de convencionalidade, no âmbito do direito internacional.

Fato é que, as duas cortes, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos realizam uma forma de controle distinto. O primeiro tem como base a Constituição Federal e o segundo as convenções de direito internacional.

A fim de diferenciá-los, importa destacar o voto do juiz Roberto Caldas, proferido no caso *Gomes Lund e Outros vs. Brasil*, apontando a diferença entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, e afirmando que todos os Estados aderentes são obrigatórios a respeitá-la:

4. [...] se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerra o debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil.

5. Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos.⁵

A internalização de uma convenção no ordenamento jurídico pátrio produz obrigações internacionais vinculantes⁶ para o país que a adotou. Havendo violação de direito ou garantia nela prevista, ocorrerá o controle de convencionalidade, cujo órgão competente para a sua realização é a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Segundo André de Carvalho Ramos, a aplicação de responsabilidade internacional do Estado em caso de violação da norma é essencial. Esta responsabilidade é analisada a partir das normas previstas nas convenções voltadas para a proteção dos direitos humanos⁷.

Os Estados, quando ratificam ou internalizam as convenções e tratados internacionais, tornam-se sujeitos passivos de processos internacionais, por violação de

⁴ *Ibid.*

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2023.

⁶ RAMOS, *op. cit.*

⁷ *Ibid.*



direitos humanos.

Importa destacar que o Brasil é Estado-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos desde 25 de setembro de 1992, e passou a reconhecer a competência e a sujeição às decisões da Corte em 10 de dezembro de 1998⁸.

De acordo com o artigo 33 do Pacto de San José da Costa Rica⁹, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é a responsável por conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados que aderiram à Convenção.

Somente os Estados que fazem parte das Convenções Internacionais possuem o direito de serem submetidos às sanções proferidas pela Corte, conforme exposto no art. 61 do Pacto de San José da Costa Rica¹⁰.

A denúncia de violação de direitos humanos, estabelecidos na Convenção, à CIDH pode ser feita por qualquer pessoa, grupo ou entidade não governamental, nos termos do art. 44 do Pacto de San José da Costa Rica¹¹.

Atualmente, o Brasil possui cerca de 10 (dez) casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹², sendo o caso Favela Nova Brasília vs. Brasil foi utilizado como fundamento para a propositura da ADPF n. 635¹³, como pode ser observado pelo trecho destacado da petição inicial:

[...] A gravidade da situação já foi reconhecida inclusive na esfera internacional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o país no caso Favela Nova Brasília v. Brasil, julgado em 16 de fevereiro de 2017, em razão de falhas do Estado em apurar e punir os responsáveis por execuções extrajudiciais perpetradas pela Polícia Civil fluminense.¹⁴

O caso em questão analisou falhas e demora “na investigação e punição dos responsáveis pelas supostas execuções extrajudiciais de 26 pessoas (...) no âmbito das incursões policiais feitas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília”¹⁵.

⁸ GARCIA, Emerson. Corte Interamericana de Direitos Humanos: casos da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, 2021, [e-book].

⁹ BRASIL. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*.

Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 mai. 2023.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² GARCIA, *op. cit.*

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 635*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5816502>>. Acesso em: 16 mai. 2023.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ GARCIA, *op. cit.*



A existência dessa ação julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, fundamentou o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 635, uma vez que, apesar da existência de uma condenação internacional determinando o cumprimento dos direitos legalmente previstos, o Estado quedou-se inerte quanto ao cumprimento da sentença, demonstrando, assim, a necessidade da intervenção do Poder Judiciário sobre as novas violações a preceitos fundamentais narradas pelo Partido Socialista Brasileiro em sede de controle de constitucionalidade.

2. APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

O Supremo Tribunal Federal importou a Declaração de Coisas Inconstitucional, criada pela Corte Colombiana, para o ordenamento jurídico brasileiro. Essa técnica decisória foi construída pelo Tribunal Colombiano quando reconheceu¹⁶ uma violação generalizada e massiva de direitos fundamentais que afetava um determinado grupo de profissionais colombianos.

O primeiro e único caso em que foi declarado o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil foi na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF¹⁷, em que se alegou a existência de uma violação sistêmica de direitos fundamentais gerada por atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos no sistema carcerário brasileiro.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal permite a realização de um diálogo entre os demais poderes e entidades estatais, com o objetivo de combaterem às violações aos direitos fundamentais constatadas no caso concreto.

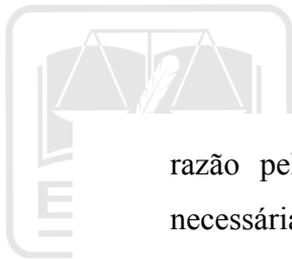
Importa destacar que essa declaração não viola o princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º da Constituição Federal¹⁸, ao contrário, o confirma, pois em razão desta previsão legal torna-se necessária a cooperação dos demais poderes, não sendo possível o Judiciário atuar isoladamente para resolução da lide.

Não se pode negar que essa decisão do Supremo é considerada contramajoritária,

¹⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia SU.559/97*. Relator: Presidente Antonio Barrera Carbonell. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

¹⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 ago. 2023.



razão pela qual há doutrinadores, como Ricardo Lobo Torres¹⁹, que entendem ser necessária a existência de uma lei implementando os direitos fundamentais, não sendo eles autoaplicáveis.

Tal fato impediria a atuação do Supremo no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, que ocorre em razão da violação sistêmica de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Segundo o doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos²⁰, a ação do Supremo configura hipótese de ativismo judicial, o que não significa, para ele, que a atuação da Corte é ilegítima.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso²¹, o ativismo judicial nada mais é do que uma maneira proativa e expansiva de interpretar a Constituição Federal. De acordo com o ministro²², "são raríssimos os casos de ativismo judicial no Brasil. O que existe no Brasil é um certo protagonismo do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal".

Esse protagonismo, por sua vez, existe em razão de a Constituição Federal ter atribuído ao Poder Judiciário o poder de “dizer o direito”, interpretando e aplicando a lei, garantindo e preservando direitos.

Apesar das críticas atribuídas à técnica decisória, ela permite que o Supremo, em prol dos direitos fundamentais, realize um diálogo com os demais poderes, fixando medidas e prazos para que o problema seja resolvido ou, na medida do possível, amenizado.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional visa a proteção de minorias, que nem sempre conseguem obter a efetivação de direitos que a própria Carta Magna já os atribuiu, mas não estão sendo dispostos pelo Estado à população afetada, podendo-se citar como exemplo o direito à vida, à igualdade, à inviolabilidade e das crianças e adolescentes, todos citados como sendo violado na ADPF n. 635.

Fato é que, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal²³, o Poder Judiciário não pode deixar de apreciar a lesão ou ameaça de lesão a Direito, sendo a técnica decisória uma medida que visa sanar as violações generalizadas de direitos

¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 177, 1989, [e-book].

²⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2ª tir. Salvador: Juspodium, 2016, p. 219-220.

²¹ Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa e pela FGV. X Fórum Jurídico de Lisboa. Disponível em: <https://m.youtube.com/watch?v=1zPv8WpuaRU&source_ve_path=MTM5MTE3LDI4NjY2&feature=emb_logo>. Acesso em: 02 ago. 2023.

²² *Ibid.*

²³ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.



fundamentais praticadas pelo Poder Público.

Porém, apenas a existência da violação de direitos fundamentais não é fato suficiente e robusto para que seja possível a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Guardião da Constituição Federal²⁴.

De acordo com Carlos Alexandre de Azevedo, além de uma violação massiva, generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, deve existir a falta de coordenação entre as medidas adotadas pelos poderes públicos que perpetuam e agravam a violação, e a solução do problema deve depender da emissão de ordens a diversos órgãos.²⁵

Para o autor²⁶, é necessário o reconhecimento da violação massiva dos direitos fundamentais para que seja possível a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional.

Verifica-se, portanto, a importância de importação do instituto colombiano para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, através do reconhecimento da omissão dos poderes, será possível a fixação de medidas e prazos, pelo Supremo Tribunal Federal, para que os demais poderes, em observância aos direitos fundamentais, atuem de modo a saná-los.

Tal fato também encontra fundamento no princípio do mínimo existencial, uma vez que nem sempre será possível ao Estado fornecer e garantir todos os direitos legalmente previstos, porém, o direito à vida, à igualdade, à inviolabilidade, das crianças e dos adolescentes²⁷, apesar de não serem absolutos, devem ser garantidos pelo Estado por se tratarem de direitos essenciais e inerentes ao ser humano.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal tem analisado a existência, ou não, do Estado de Coisas Inconstitucional nos fatos narrados na Arguição de Preceito Fundamental 635²⁸, podendo ser esse, o segundo caso em que a Corte aplicará a técnica decisória

²⁴ BRASIL, *ibid.*

²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ft>. Acesso em: 02 ago. 2023.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

²⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 11.



importada do direito colombiano.

3. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NARRADAS NA ADPF N. 635

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635 foi ajuizada em 20 de novembro de 2019²⁹, pelo Partido Socialista do Brasil (PSB), perante o Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição, nos termos do artigo 102, *caput*, da CRFB/88.

Esta ação, que é uma forma de controle concentrado de constitucionalidade³⁰, visa impedir ou fazer cessar lesão a preceito fundamental praticada pelo Poder Público contra os indivíduos inseridos em determinado espaço geográfico nacional.

O PSB, em sua inicial, requereu o reconhecimento de graves lesões a preceitos fundamentais praticados pelo Estado do Rio de Janeiro contra moradores de favelas localizadas na região, decorrentes da política de segurança pública do estado, e a determinação para que o ente público elabore um plano visando a redução de letalidade policial, e controle as violações de direitos humanos.

A ação tem como objetivo a declaração de um estado de coisas inconstitucional ante as ações violadoras de direitos fundamentais, e possui como um dos objetivos a declaração de um estado de coisas inconstitucional na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro.

Em junho de 2020, ao analisar o pedido de medida cautelar incidental realizado no bojo da ação constitucional, o Ministro Edson Fachin, em decisão histórica, deferiu parcialmente os pedidos feitos a título de urgência, para:

- I. Determinar que o estado apenas utilize helicópteros, veículos blindados e drones após o preenchimento de protocolos que justifiquem o uso desses equipamentos;
- II. Somente realize operações nas favelas cariocas em ocasiões urgentes, após informar os detalhes e as justificativas da ação policial ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Segundo o Ministro, em sua decisão monocrática, a situação anterior vivenciada pelos moradores das favelas do Rio de Janeiro já eram precárias, mas com a pandemia da

²⁹ *Ibid.*

³⁰ DINIZ, Antonio Augusto Gonçalves Balieiro. *O Judiciário como guardião da Constituição da República, interpretada em sua máxima efetividade: O Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 2, 2011.



COVID-2019 se tornaram ainda mais arriscadas.³¹

[...] demonstrou-se, nesses autos, a existência da violação massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, no caso os direitos à vida, à integridade física e psíquica, à educação e saúde da população negra e que mora nas comunidades e nos subúrbios do Rio de Janeiro.³²

A decisão, porém, é objeto de crítica por membros da própria cúpula, como por exemplo o Ministro André Mendonça, que votou contra a ADPF n. 635, em síntese, afirmou que a restrição da atuação policial seria prejudicial, pois onde não há Estado, há crime organizado, e se a atuação do Estado atualmente é deficiente nessas localidades, limitar as forças de segurança irá piorar o problema existente.³³

Há ainda críticas afirmando que a medida adotada pelo Supremo trata-se de verdadeiro ativismo judicial, ferindo assim a separação de poderes prevista no artigo 2º da CRFB/88³⁴, uma vez que haveria a criação de um sistema político por magistrados, que são agentes não eleitos pelo povo.

Porém, os casos em que ocorrem graves violações de direitos fundamentais, como os narrados na ADPF n. 635, costumeiramente não envolvem grandes divergências acerca da existência do direito objeto da lide, pois as violações aos direitos fundamentais são evidentes.³⁵

Nessas ações, o principal objetivo é descobrir um meio de concretizar ou garantir, ainda que, de forma ínfima, os direitos básicos já destinados a todos pela Constituição Federal, mesmo diante de uma situação de prolongada inércia e omissão do poder público na efetivação dessas garantias básicas a determinados grupos.³⁶

Apesar de todos posicionamentos contrários, a medida adotada pelo Supremo foi realizada com base na reiteração das violações ao princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição), do direito à vida (art. 5º, *caput*, da Constituição), da igualdade (art. 5º, *caput*, da Constituição), da segurança (arts. 5º, *caput*, e 144, da Constituição), da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da Constituição)³⁷, cuja análise, através do controle de convencionalidade, já havia sido realizada pela Corte Interamericana de

³¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 11.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

³⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 11.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*



Direitos Humanos, no caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*³⁸.

O Ministro Relator, em sua decisão acerca da concessão parcial das medidas cautelares requeridas, ressaltou a vinculação dos fatos narrados na ADPF 635 com a sentença proferida no Caso *Favela Nova Brasília* pela Corte Interamericana, afirmando que:

Os fatos recentes tornam ainda mais preocupantes as notícias trazidas sobre a atuação armada do Estado nas comunidades do Rio de Janeiro. Essa preocupação decorre da ilegítima quebra de expectativa de que, com a decisão da Corte Interamericana, novas mortes não viessem a ocorrer. Como se sabe, uma das consequências que emerge do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado é a garantia de não-repetição.³⁹

De acordo com a fundamentação utilizada pelo Ministro Relator, “é justo que se espere que, a partir da condenação do Estado brasileiro, medidas concretas sejam adotadas para evitar que os lamentáveis episódios de Nova Brasília não se repitam”.

Assim, considerando o descumprimento da sentença proferida pela Corte Interamericana, o Supremo Tribunal Federal reafirmou, em sede de decisão cautelar, a determinação da Corte Interamericana (item 17º da sentença) de elaboração do plano de recuperação de letalidade, visando à preservação dos direitos fundamentais dos moradores das favelas do Rio de Janeiro⁴⁰.

A decisão do Ministro, concedendo a cautelar, foi referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em Sessão Virtual realizada entre 26 de junho a 4 de agosto de 2020⁴¹, por maioria dos votos.

Diversos pontos da sentença proferida no Caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil* não foram cumpridos pelo Estado, o que tornou essencial a decisão proferida pelo Supremo, garantindo a aplicação dos direitos fundamentais no dia a dia da população existente nas favelas do Rio de Janeiro.

É preciso, com urgência, não apenas que o Estado do Rio de Janeiro adote as medidas exigidas, cujo cumprimento é reclamado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas também que a perícia criminal possa realizar sua tarefa de

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Disponível em: <cortheidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por>. Acesso em: 18 set. 2023.

³⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 11.

⁴⁰ ISER. *Caso Favela Nova Brasília e ADPF 635: o Estado brasileiro segue descumprindo medidas para enfrentar a violência de Estado*. Disponível em: <<https://iser.org.br/noticia/adpf-635-e-caso-favela-nova-brasilia-o-descumprimento-da-sentenca-e-decisoes/>>. Acesso em: 18 set. 2023.

⁴¹ LANFREDI, Luis Geraldo Sant’ana *et alii*. Conselho Nacional de Justiça. *Caso Favela Nova Brasília (Cosme Genoveva E Outros) Vs. Brasil*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2021.



forma independente (...) e, finalmente, ter a certeza de que o Poder Judiciário, por meio do Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça, julgue, de forma célere, os casos a ele submetidos.⁴²

Diante do descumprimento da sentença internacional e do preenchimento dos requisitos objetivos criados pelo STF, a Corte caracterizou a ADPF n. 635 como uma ação estrutural e, em sede de análise de cautelar, o Ministro Relator declarou a existência de um estado de coisas inconstitucional na política de segurança pública do Rio de Janeiro.

De acordo com o autor Breno Baía Magalhães, a aplicação dessa tese suscita válidas objeções no campo da separação de poderes, em função de uma possível intromissão do Judiciário em assuntos, supostamente, exclusivos do Executivo e do Legislativo.⁴³

Porém, cabe destacar que o Poder Judiciário não pode se imiscuir em questões atinentes à atividade do Poder Legislativo quando este estiver fornecendo políticas públicas, devidamente fixadas na Constituição. Só há intromissão do Poder Judiciário quando não há o funcionamento adequado do Poder Legislativo, impossibilitando a concretização de direitos fundamentais.

Dessa forma, a posição adotada pelo Supremo, até o presente momento, visa a preservação de garantias e direitos, e encontra-se constitucionalmente abarcada pela Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da CRFB/88) e no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB/88).⁴⁴

Como guardião da Constituição Federal, nas decisões acerca da ADPF n. 635, tem feito prevalecer as normas nela previstas, reforçando internamente o cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado⁴⁵, diante da omissão do Poder Legislativo, e do Executivo, no cumprimento da Convenção da qual o Brasil é Estado-membro.

CONCLUSÃO

O Brasil, ao ratificar tratados internacionais, compromete-se com a promoção e defesa dos direitos humanos, reforçando o princípio de prevalência desses direitos, conforme estabelecido na Constituição Federal.

⁴² BRASIL, *op. cit.*, nota 15.

⁴³ MAGALHÃES, Breno Baía. A Incrível Doutrina de um Caso Só: Análise do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347. Pará: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria*, v. 14, n. 3, 2019.

⁴⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁴⁵ MAUÉS, Antonio Moreira et alii. *O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.



Nesse contexto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos desempenha um papel internacionalmente relevante, aplicando e interpretando convenções internacionais de direitos humanos, exercendo o chamado controle de convencionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em âmbito nacional, exerce o controle de constitucionalidade quando há a violações de preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais.

A Corte Brasileira, importou do sistema jurídico colombiano a chamada declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, que tem desempenhado um papel crucial na preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Esta técnica decisória permite ao Supremo identificar e intervir nos casos de violações sistêmicas e generalizadas de direitos fundamentais que afetam gravemente um grupo específico de pessoas e realizar um diálogo entre os demais poderes e órgãos competentes, a fim de sanar as violações à Constituição Federal.

Essa abordagem não apenas está em conformidade com a Constituição, mas também fortalece a proteção dos direitos fundamentais, especialmente daqueles que não conseguem efetivá-los por conta própria.

No contexto brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, até a presente data, utilizou essa técnica decisória para buscar solucionar uma questão crítica que afeta a sociedade, qual seja, a situação do sistema carcerário.

Essa abordagem é fundamentada em diversos princípios e normas constitucionais, incluindo a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II, da CRFB/88) e a obrigação do Estado de garantir a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CRFB/88).

Além disso, a decisão do Supremo Tribunal Federal de declarar o Estado de Coisas Inconstitucional não representa uma violação ao princípio da separação dos poderes, mas sim uma confirmação desse princípio, já que ela requer a cooperação dos demais poderes para solucionar a situação problemática, reafirmando a importância do diálogo interinstitucional na proteção dos direitos fundamentais.

A aplicação dessa técnica decisória pelo Guardião da Constituição também está alinhada com a necessidade da garantia do mínimo existencial, especialmente em situações em que o Estado não consegue fornecer todos os direitos previstos na Constituição devido a restrições financeiras ou outras limitações.

Nesses casos, os direitos à vida, igualdade e inviolabilidade devem ser protegidos de forma prioritária, principalmente pelo Poder Judiciário, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, exposto no art. 5º, XXXV da CRFB/88.



E é justamente essa proteção aos moradores de favelas do Rio de Janeiro que está sendo pleiteada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635, através do Partido Socialista Brasileiro (PSB).

A Arguição de Preceito Fundamental é a ação cabível contra atos praticados pelo Poder Público que violem ou ameacem preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

A decisão do Supremo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635, que envolve questões relacionadas à segurança pública no Rio de Janeiro, reflete a preocupação com as violações de direitos fundamentais, como o direito à vida e à integridade física, que afetam a população nas favelas e comunidades.

Essa demanda visa, precipuamente, que o Estado cumpra suas obrigações assumidas internacionalmente, através por meio da ratificação de convenções, bem como as suas obrigações constitucionais de proteção dos direitos humanos.

A decisão do Supremo, embora possa ser considerada como ativismo judicial por alguns, está em consonância com o papel atribuído ao Poder Judiciário pela Constituição Federal de garantir e preservar os direitos fundamentais.

Apesar das críticas e objeções, a atuação do STF nesse contexto é legítima e necessária para corrigir falhas sistêmicas que impedem a efetivação dos direitos fundamentais previstos na própria Constituição Federal, lei que rege e determina todas as outras.

O caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635, que utilizou como fundamentação a condenação proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Favela Nova Brasília vs. Brasil”, razão pela qual a decisão do Supremo reforça a vinculação do Estado brasileiro às normas internacionais de direitos humanos e coloca a proteção desses direitos no centro do debate jurídico nacional.

O Brasil, por ser um Estado membro da Convenção Americana de Direitos Humanos, está sujeito à responsabilização internacional em casos de violações de direitos humanos, fato que não viola a sua Soberania nacional, ao contrário, afirma-a, uma vez que foi o próprio país que se submeteu à jurisdição.

Portanto, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nessa ação, representaria um importante instrumento para garantir a proteção dos direitos fundamentais, especialmente em situações em que o Estado não cumpre suas obrigações constitucionais e internacionais.

Essa técnica decisória busca preservar a dignidade da pessoa humana e promover a justiça social no Brasil, fortalecendo o compromisso do país com os tratados internacionais



de direitos humanos e garantindo que esses direitos sejam efetivamente respeitados e aplicados, mesmo em caso de omissão dos demais Poderes.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. *Coleção Método Essencial: Direito Internacional Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022 [e-book].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 347*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 06 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 635*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5816502>>. Acesso em: 06 out. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 out. 2023.

_____. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 06 out. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodium, 2016.

_____. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ft>. Acesso em: 06 out. 2023.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia SU.559/97*. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 06 out. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Disponível em: <corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por>. Acesso em: 06 out. 2023.



CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 06 out. 2023.

DINIZ, Antonio Augusto Gonçalves Balieiro. *O Judiciário como guardião da Constituição da República, interpretada em sua máxima efetividade: o Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 2011.

GARCIA, Emerson. Corte Interamericana de Direitos Humanos: casos da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, 2021, [e-book].

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA E PELA FGV. *X Fórum Jurídico de Lisboa*. Disponível em: <https://m.youtube.com/watch?v=1zPv8WpuaRU&source_ve_path=MTM5MTE3LDI4NjY2&feature=emb_logo>. Acesso em: 06 out. 2023.

ISER. *Caso Favela Nova Brasília e ADPF 635: o Estado brasileiro segue descumprindo medidas para enfrentar a violência de Estado*. Disponível em: <<https://iser.org.br/noticia/adpf-635-e-caso-favela-nova-brasilia-o-descumprimento-da-sentenca-e-decisoes/>>. Acesso em: 06 out. 2023.

LANFREDI, Luis Geraldo Sant’ana *et alii*. Conselho Nacional de Justiça. *Caso Favela Nova Brasília (Cosme Genoveva E Outros) Vs. Brasil*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2021.

PIOVERSAN, Flávia. *A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>>. Acesso em: 06 out. 2023.

RAMOS, André Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022 [e-book].

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, 1989, [e-book].



A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

Paula Barbosa Viveiros

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO
Analista Judiciária do TJRJ

Resumo – em momentos de crise financeira do Estado, renovam-se as vozes contra o ativismo judicial em políticas públicas de saúde. O presente artigo traça uma breve análise sobre a relevância do papel do Poder Judiciário nas demandas que envolvem a materialização do direito à saúde, tendo em vista a omissão estatal. Aborda a legitimidade do Poder Judiciário, com amparo nos preceitos Constitucionais que asseguram o controle judicial sempre que houver lesão ou ameaça a direito, elevando o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. Destaca-se também os precedentes judiciais, com ênfase na responsabilidade solidária dos entes públicos, a despeito da repartição administrativa do Sistema Único de Saúde - SUS. Analisa o princípio da reserva do possível, no entanto, sob a ótica do mínimo existencial. Enfatiza a atuação de um Judiciário capacitado, a partir de núcleos de apoio que prestam auxílio em questões de ordem técnica. Reforça a importância das decisões judiciais e sobretudo nas ações coletivas, no que diz respeito à abrangência dos tratamentos disponibilizados no SUS. Por fim, conclui que o ativismo judicial representa, no contexto atual, meio de garantia de uma vida digna e menos desigual.

Palavras-chave – Direito Constitucional à Saúde. Crise de representatividade dos Poderes Legislativos e Executivo - Ativismo Judicial.

Sumário – Introdução. 1. A intervenção do Judiciário nas políticas públicas para efetivação do direito à saúde e a aparente colisão entre princípios. 2. O papel do Judiciário como gestor da crise na execução do serviço público de saúde a partir da análise dos precedentes. 3. Os limites e atuação do Judiciário através das demandas individuais e coletivas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica se destina a analisar o ativismo judicial e as suas consequências nas demandas individuais e coletivas que tratam do descumprimento de preceito constitucional decorrente da omissão injustificada dos entes federados.

O Constituinte de 1988 elevou a saúde à categoria de direito social fundamental. A redação dos artigos 6º, 23 e 196 dispõe expressamente que compete à União, aos Estados e ao Município, solidariamente adotar medidas que visem concretizar o atendimento à população, proporcionando acesso digno aos tratamentos.

A despeito da previsão constitucional, o Brasil atravessa grave crise na saúde. A pandemia da COVID-19, embora tenha deixado clara a importância do SUS revelou a falência estatal na prestação do serviço público de saúde, sobretudo à população mais carente.

Os entes públicos utilizam a natureza programática dos direitos fundamentais e o princípio da reserva do possível como subterfúgios para justificar a sua inércia, o que exige do Poder Judiciário uma resposta.

Diante de tamanho desserviço surgiu legitimamente o fenômeno da judicialização da saúde, que vem crescendo vertiginosamente. O Judiciário é chamado constantemente a intervir nas políticas públicas de saúde.

Nesse cenário, o capítulo 1 inaugura uma breve abordagem do direito universal e integral à saúde, e o papel dos entes federados na sua implementação em harmonia com o caráter programático da norma. A intenção é demonstrar que não é necessária a criação de lei específica para tratar do tema, pois as regras já existentes permitem ao cidadão exigir a prestação do serviço. De um lado, não se desconhece a limitação de recursos do poder público. De outro, a necessidade de se resguardar o direito à vida e à saúde é patente. Sob essa perspectiva, na sequência, será realizada sucinta ponderação a respeito da aparente colisão entre os princípios da proteção e da separação dos poderes e entre aquele e a reserva do possível.

O capítulo 2 discorre sobre a legitimidade do Poder Judiciário como única resposta à usurpação do direito à saúde e último socorro ao cidadão, em decorrência da omissão estatal e responsabilidade solidária dos entes, a despeito da repartição administrativa do Sistema único de Saúde. Destaca-se, também, através de casos concretos, como a Jurisprudência vem solucionando os impasses relacionados a solidariedade dos entes públicos na prestação do serviço.

Por fim, o capítulo 3 traz uma reflexão sobre a atuação do Poder Judiciário através das ações individuais e coletivas. Trata, ainda, da instituição de diretrizes para auxiliar os Magistrados nas decisões, sem interferir na sua independência. Busca-se analisar se há limite do ativismo judicial quando o que se está em jogo é o direito à vida e a dignidade do jurisdicionado.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo cuja abordagem se dá por meio da ponderação entre os bens jurídicos saúde e vida, de um lado; e, de outro, fatores econômicos, permeados pela análise dos critérios elencados pelo Poder Judiciário para o implemento de tal direito fundamental, que objetiva assegurar o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados.

1. A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A APARENTE COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Os artigos 196 a 200 e artigo 5º, inciso III, todos da Constituição Federal impõem a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

O texto constitucional é a consumação da estratégia de uma transformação apoiada numa declaração ampla dos direitos fundamentais. Entretanto, há uma tendência de um pensamento conservador, que vê a maior parte da Constituição como tendo um caráter meramente programático.

Aliado a esse discurso, o cenário de descontentamento maciço da população com a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo gerou uma verdadeira crise de representatividade. Por conseguinte, o Judiciário aparece como último socorro para atender às demandas públicas, notadamente àqueles relacionadas à concretização do Direito Constitucional à saúde.

Nesse contexto, o ativismo judicial vem ganhando destaque. O tema tem assumido especial relevância em decorrência da multiplicação de ações individuais e coletivas em busca de medicamentos, internações, exames e demais prestações na área da saúde.

Ainda assim, há divergências quando se trata da busca pelo Judiciário para suprir a deficiência estatal, mesmo em se tratando de direito básico e fundamental, corolário da dignidade humana.

A primeira corrente, que exprime uma opinião positiva sobre o fenômeno jurídico em análise, é defendida por Luís Roberto Barroso, segundo o qual o ativismo judicial pode ser entendido como “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (...)”.¹ Ainda segundo o Ministro, o ativismo pode se manifestar das seguintes formas:

[...] A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas [...].²

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/77375/judicializacao--ativismo-judicial-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 09 abr. 2023.

² *Ibid.*

Na mesma linha de entendimento, para José Afonso da Silva ativismo judicial está diretamente associado à hermenêutica constitucional positiva. Confirma-se, “[...] o ativismo judicial é uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva [...]”³.

Na opinião de Vanice Lírio do Valle⁴, a constitucionalização das políticas públicas gera a compreensão da existência de direitos subjetivos em face do Estado, com a afirmação de uma verdadeira obrigação solidária entre os entes federados, ocasionada pela falta de indicação clara quanto ao destinatário de tais obrigações, o que ofusca as esferas de responsabilidade, subvertendo os programas de ação de cada ente público.

Sob esta perspectiva, extrai-se que há verdadeira ampliação do princípio democrático de direito, em decorrência da aproximação, e porque não dizer da popularização do acesso ao Judiciário.

Por outro lado, há críticas à atuação positiva do Poder Judiciário. Barroso conceitua a diferença entre os dois entendimentos:

[...] a principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor do legislador ordinário. Ativistas e não ativistas, todavia, não contestam o que se denomina supremacia judicial: o reconhecimento de que deve caber ao Judiciário a última palavra acerca da interpretação da Constituição e das leis. Trata-se, portanto, de uma questão de calibragem da atuação de Juízes e tribunais [...].⁵

Os críticos do ativismo judicial sustentam, em síntese, dois argumentos fundamentais. O primeiro consiste na alegada afronta à separação dos poderes e ao regime democrático de Direito, pois os Juízes não teriam legitimidade para interferir nas políticas públicas, cuja atribuição compete ao executivo e ao legislativo, através dos seus representantes eleitos pelo povo. Entretanto, é uma interpretação simplista da atuação do Judiciário, sobretudo dentro de uma perspectiva constitucional, na qual o Supremo atua como guardião das normas e princípios nela assegurados.

³ BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. *Ativismo judicial*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>. Acesso em: 09 abr.2023.

⁴ VALLE, Vanice Lírio do. Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. *Revista Jurídica*, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2013, p. 01-24.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> - Acesso em: 17 out.2023.

O outro argumento está relacionado às questões orçamentárias, traduzidas no princípio da reserva do possível. Por esse princípio, tenta-se justificar a escassez de recursos ou, ainda, a autonomia na sua alocação. Contudo, o princípio da reserva do possível, como todo princípio, não é absoluto e deve estar em harmonia com os demais. Também não é razoável invocar a reserva do possível para justificar o desserviço nas políticas públicas.

Porém, em linhas gerais, deveria o ente público demonstrar em que extensão o custeio do tratamento determinado pelo Judiciário prejudicaria a terceiros ou, ainda, qual a política pública de saúde que deixará de ser implementada para justificar a recusa na prestação do serviço. Essas questões, na prática não são esclarecidas.

Ademais, os critérios de escolha do administrador, em qualquer hipótese, deverão estar limitados pela razoabilidade, sob pena de abuso de poder. Dessa forma, tem-se a razoabilidade como critério e limite da discricionariedade

Dito isso, percebe-se que o ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e princípios constitucionais.

Para Barroso, o grande papel de uma Constituição é “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos [...]”.⁶

A Constituição, segundo Canotilho⁷, é “sistema aberto de regras e princípios”. As regras materializam uma determinação objetiva de conduta, já os princípios, “funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos”.

Na hipótese de conflito aparente de princípios, deve o intérprete utilizar a técnica da ponderação visando a proteção do núcleo essencial do direito fundamental. Com efeito, proibir a proteção é insuficiente.

O conteúdo do chamado mínimo existencial pode ser entendido como o conjunto de direitos que assegura um vida digna, o que inclui saúde, alimentação e educação. Desse modo, e partindo da premissa de que o mínimo existencial deve ser observado sob a ótica constitucional como direito fundamental, deve estar assegurada a garantia a uma vida saudável e não pode ser confundido com um mínimo vital ou de sobrevivência. |É o que a doutrina constitucional chama de princípio da proibição da insuficiência. Portanto, a busca é por garantir ao homem não mínimo vital, mas um mínimo de qualidade vida, não só como indivíduo, mas também dentro da comunidade onde vive.

⁶ *Ibid.*

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159-1160.

2. O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO GESTOR DA CRISE NA EXECUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE A PARTIR DA ANÁLISE DOS PRECEDENTES

Conforme já abordado, a crise estatal vem exigindo cada vez mais a atuação do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde pública e as demandas submetidas à julgamento se multiplicam, nos mais variados temas.

Tema recorrente nos Tribunais, e de grande relevância, diz respeito à competência para a execução do serviço de saúde. Na prática, os entes públicos responsabilizam uns aos outros pelo atendimento.

Nesse aspecto, atualmente, a Jurisprudência majoritária⁸ defende que a obrigação não está atrelada à repartição administrativa do Sistema Único de Saúde entre as esferas federal, estadual e municipal. Para os adeptos desse entendimento, a solidariedade da obrigação não pode ser mitigada com fundamento na distribuição de funções. Assim, desde que comprovada a necessidade, através do prontuário médico, e a impossibilidade de custear o tratamento, os três entes federados estão obrigados a prestar o serviço ou fornecer o insumo necessário ao tratamento.

Para pôr termo a controvérsia, no Estado do Rio de Janeiro foi editado o enunciado da Súmula n. 65⁹ deste Tribunal, de seguinte teor: “Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela”.

Entretanto, mais recentemente, os Entes Públicos questionaram a obrigatoriedade de disponibilizar tratamento não padronizado no Sistema Único de Saúde- SUS, com fundamento na violação da independência dos poderes. A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça que, em 2018, em julgamento vinculante, decidiu que os fármacos não incorporados em atos normativos do SUS podem ser concedidos pelo Estado, desde que presentes os seguintes requisitos cumulativos:

[...] i) 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; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 727864. AgR. Agravante: estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do estado do Paraná. Relator: Min. Celso de Mello. Paraná, 04.nov.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=298071216&ext=.pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula da Jurisprudência Predominante. *Proc. n. 2001.146.00004*. 05.mai.2003. Disponível em: <https://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-65>. Acesso em: 17 out. 2023.

medicamento prescrito; iii) existência de registro na ANVISA do medicamento [...].
10

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o caráter solidário da obrigação dos Entes Federativos. Por outro lado, estabeleceu a necessidade de identificar o responsável financeiro a partir dos critérios de descentralização do SUS para, no momento oportuno, ressarcir o ente que suportou o ônus decorrente do provimento jurisdicional que assegurou o direito à saúde - como é próprio da solidariedade (tema 793)¹¹.

Prevalece, assim, o entendimento que defende a solidariedade dos Entes Públicos, como visto, com a ressalva do direito de regresso entre os Estado, Município e União, a partir dos critérios administrativos de distribuição de competência.

A respeito do tema, confira-se a tese recentemente firmada na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Incidente de Assunção de Competência (IAC) n° 14, apreciado em 12/04/2023¹²:

[...]a) Nas hipóteses de ações relativas à saúde intentadas com o objetivo de compelir o Poder Público ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na dispensação de medicamentos não inseridos na lista do SUS, mas registrado na ANVISA, deverá prevalecer a competência do juízo de acordo com os entes contra os quais a parte autora eleger demandar. b) as regras de repartição de competência administrativas do SUS não devem ser invocadas pelos magistrados para fins de alteração ou ampliação do polo passivo delineado pela parte no momento da propositura ação, mas tão somente para fins de redirecionar o cumprimento da sentença ou determinar o ressarcimento da entidade federada que suportou o ônus financeiro no lugar do ente público competente, não sendo o conflito de competência a via adequada para discutir a legitimidade ad causam, à luz da Lei n. 8.080/1990, ou a nulidade das decisões proferidas pelo Juízo estadual ou federal, questões que devem ser analisada no bojo da ação principal. c) a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88, é determinada por critério objetivo, em regra, em razão das pessoas que figuram no polo passivo da demanda (competência *ratione personae*), competindo ao Juízo federal decidir sobre o interesse da União no processo (Súmula 150 do STJ), não cabendo ao Juízo estadual, ao receber os autos que lhe foram restituídos em vista da exclusão do ente federal do feito, suscitar conflito de competência (Súmula 254 do STJ).

A celeuma ainda não está encerrada e depende do desfecho do julgamento do recurso especial n. 1.366.243, com repercussão geral, que irá analisar a responsabilidade solidária da

¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial repetitivo n. 1.657.156*, Primeira Seção. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 20 fev.2024.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 793 - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde*. Leading Case 878. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 17 out. 2023.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Incidente de Assunção de Competência (IAC) 14*. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/28042023-Primeira-Secao-fixa-teses-sobre-legitimidade-e-competencia-em-aco-es-com-pedido-de-medicamento.aspx>. Acesso em: 17 out.2023.



União por ações contra governos estaduais que buscam o fornecimento de medicamento (Tema 1234).

Há, também, outras hipóteses submetidas ao Magistrados que vão além da competência para a execução do serviço, como é o caso do fornecimento de remédios “*off label*”, medicamentos não registrados na Agência Nacional de Saúde e, mais recentemente, fármacos à base de canabidiol.

Corroborando o exposto, é válido transcrever o precedente desta Corte Estadual no julgamento do recurso de apelação n. 0000267-37.2021.8.19.0064 , ocorrido em 18.05.2023, sob a relatoria do Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira, acolhido, por unanimidade, pelo Colegiado da Primeira Câmara de Direito Público. *In verbis*:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FORNECIMENTO DE REMÉDIO. CANABIDIOL. Ação de obrigação de fazer para compelir os Réus a prestarem assistência médica com fornecimento de remédio necessário ao controle e melhor tratamento de autismo que acomete o Autor. Nos termos dos artigos 23, 196 e 198 da Constituição Federal os entes da Federação têm competência comum e concorrente para zelar pela saúde da população. Óbices de natureza administrativa como falta de recursos ou de planejamento não impedem o indeclinável cumprimento da obrigação constitucional. Os medicamentos baseados em Cannabis tiveram autorização sanitária para a fabricação e importação pela ANVISA, na RDC 327/2019, que estabeleceu requisitos para a comercialização, prescrição, a dispensação, o monitoramento e a fiscalização. O E. Supremo Tribunal Federal fixou em sede de repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 1.165.959, entendimento vinculante (Tema nº 1161) no sentido de ser possível a concessão do medicamento à base de cannabis pelos entes públicos. Cabível o fornecimento de medicamentos não incorporados aos atos do SUS, desde que atendidos os critérios estabelecidos no Tema 106 dos Recursos Repetitivos [...] ¹³.

A União, os Estados e os Município fogem ao debate. Assim, cotidianamente, os Magistrados são instados a se debruçarem sobre temas que deveriam ser resolvidos exclusivamente na esfera administrativa.

Desse modo, é possível concluir que, à margem das críticas, o ativismo judicial exercido com cuidado é ferramenta fundamental para a proteção dos direitos e da justiça social. Para tanto, é fundamental haver limites, estabelecidos no próprio sistema jurídico, além do respeito à discricionariedade e cautela para evitar impactos indesejados no orçamento.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. *Apelação n. 0000267-37.2021.8.19.0064*. Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira. 18.mai,2023. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.19.0>. Acesso em: 17 out. 2023.

Os Tribunais também devem adotar medidas de apoio aos Órgão Julgadores, disponibilizando mecanismos de consulta e mão de obra especializada para auxiliar na análise das demandas que exijam *expertise*. No Tribunal do Rio de Janeiro já existe um núcleo voltado para apreciação das ações cuja causa de pedir tenha relação com tratamento médico de alta complexidade, com relevante impacto financeiro, e estranhos aos procedimentos básicos listados no SUS.

Portanto, enquanto houver omissão nas políticas públicas, o Judiciário deverá abraçar a missão de protagonista na concretização do direito à saúde.

3. OS LIMITES E ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO ATRAVÉS DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

Como cedição, as ações estatais envolvem gastos, mas, por outro lado, os recursos públicos são limitados. Em outras palavras, embora exista autonomia para o Estado decidir sobre as políticas e o destino dos recursos públicos, está submetido a regras jurídicas.

Mesmo as políticas públicas que possuem o objetivo de concretizar fins prioritários, necessários à garantia do mínimo existencial e da dignidade humana, está submetida a limitações, de ordem jurídica, política, econômica e administrativa.

Na busca de parâmetros para a racionalização e uniformização da atuação judicial, o Ministro Barroso propõe que o ativismo judiciário deve procurar efetivar o cumprimento das opções já realizadas pelos entes federativos. Com base nessa premissa, pode-se afirmar que o primeiro, o administrador deve lançar mão daquilo que está ao seu alcance.

Em outras palavras, para a prestação do serviço público de saúde, é crível, por exemplo, que o administrador possa, em um primeiro momento, disponibilizar os insumos consignados na relação básicas de medicamentos do Sistema Único de Saúde, afinal presume-se que a elaboração dessa listagem foi precedida de estudo técnicos cotejados com os recursos à disposição do ente, consideradas as peculiaridades locais e tendo vista as necessidades prioritárias.

A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, citada no capítulo anterior, corroborou esse entendimento e firmou tese no sentido de que constitui obrigação do poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, porém, desde que presentes, cumulativamente determinados requisitos. A ideia, portanto, é prestigiar o serviço colocado a disposição do cidadão. Caso não seja suficiente ou não apresente o resultado



esperado, deve o interessado comprovar, por exemplo, a necessidade de outro remédio não inserido na listagem do SUS.

Trata-se, sem dúvida, de critério oriundo da concepção democrática. Não se pode perder de vista que os recursos ostentam natureza pública e não são suficientes para o atendimento de todas as demandas, o que exige a tomada de decisões difíceis, já que o investimento em determinado setor acarreta a sua ausência em outro. Aqui, compete ao Judiciário impedir excessos.

Por evidente, se ainda assim o serviço for negado, o cidadão tem o direito de buscar a concretização do seu pleito em ações individuais para o fornecimento de medicamentos.

Com o mesmo entendimento, Gilmar Mendes¹⁴ afirma que, nos casos em que os medicamentos requeridos constarem nas listas do Ministério da Saúde, o cidadão não deve ser punido pela ineficácia administrativa ou omissão da gestão, configurando-se um direito subjetivo a ser tutelado pelo Estado. Quando a questão se refere ao não fornecimento de remédio específico prescrito, faz-se necessário uma ponderação para a verificação da razoabilidade do fornecimento, havendo casos em que fármaco é experimental ou não possui registro na ANVISA.

A judicialização é importante à vista de situações em que as escolhas do Poder Público foram feitas em contrariedade com os preceitos constitucionais. Em casos em que haja violação clara da CRFB/88, é possível que o Judiciário interfira até mesmo na macrojustiça que, a princípio, ficaria a cargo da discricionariedade administrativa.

Por outro lado, embora Mendes¹⁵ assevere a existência de uma preferência na propositura de ações individuais, defende que, em muitos casos, a judicialização deveria de ser, de forma preferencial, via ações coletivas, em especial nas hipóteses em que um remédio está aprovado pela ANVISA, mas não se encontra na listagem do SUS.

Na prática, o Poder Judiciário, principalmente nas primeiras instâncias, atua em um sistema de microjustiça. Por isso, atualmente muito se discute sobre a necessidade de ampliar o debate e expandir a atuação da justiça sob uma ótica da macrojustiça, de modo a garantir a mais distribuição do serviço da maneira mais equânime.

De fato, se por um lado, as decisões individuais trazem justiça àqueles que o postulam perante o Judiciário, por outro lado não põem termo a problemática da prestação do serviço de

¹⁴ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 7 ed. Rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, p.925

¹⁵ *Ibid.*

sistema pública, gerando, de certa forma, a perpetuação das desigualdades, considerando àqueles que sequer tem acesso a serviços judiciais.

Se não há recursos financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implica em fazer escolhas, que fica a critério do legislador e do administrador, observados os critérios de justiça distributiva e equidade, cabendo ao Judiciário corrigir eventuais distorções no rumo das políticas.

Para isso, a revisão dos abusos e desvios deve de ser feita através de ações coletivas, que têm como objeto a defesa dos direitos difusos e coletivos.

Nesse se contexto, as ações coletivas promoveriam um estímulo ao diálogo institucional, o equilíbrio funções públicas e à preservação da isonomia no atendimento. Aqui, o papel do Ministério Público e da Defensoria Pública ganha destaque, porque podem atuar como precursores dessa causa.

Assim, o uso de demanda coletiva possibilitaria a avaliação do contexto sob uma ótica geral das políticas públicas, em contraposição à visão microjudicial.

Nesse sentido, destacou Barroso¹⁶ em artigo desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

[...] a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos erga omnes no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias [...].

Conclui-se, assim, que é função do Poder Judiciário atender às pessoas necessitadas que buscam, em ações individuais, o tratamento indicado nas listagens do sistema único de saúde, não disponibilizado pelo ente. Nesse caso, o Judiciário não faz efetiva uma decisão política previamente estabelecida.

As ações coletivas, por outro lado, se destinam a ampliar o acesso e, por isso, são o caminho para discutir a inclusão de novos medicamentos, terapias e tratamentos em geral,

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 04 set. 2023.



quando demonstrada a sua defasagem e abusos na gestão da verba. O objetivo é a preservação dos Princípios da Universalidade, Igualdade e Equidade.

Por fim, considerando a escassez dos recursos, a administração deve priorizar os insumos de menor custo, desde que de comprovada eficácia.

Na mesma linha de raciocínio, quando chamado a intervir, o Judiciário deve optar por substâncias nacionais que, de igual modo, agreguem preço e qualidade, sempre orientado por profissional capacitado para subsidiar essa análise.

CONCLUSÃO

O programa do Sistema Único de Saúde do Brasil é referência mundial. Contudo, a má gestão dos governos, agravada pela malversação da verba pública, impedem que o serviço alcance grande parte da população. Infelizmente, não é de hoje que as grandes mídias vêm noticiando escândalos na saúde pública e expondo tristes cenas de milhares de brasileiros a espera de atendimento médico. Alguns, infelizmente, não conseguem e perdem a vida nas filas de hospitais ou no aguardo de medicamento de uso essencial.

A conjunção da má administração, falta investimento e corrupção, tornou-se um entrave na viabilização do exercício do direito à saúde. Por isso, o papel do Poder Judiciário, com o apoio do Ministério Público e das Defensorias Públicas, vem ganhando relevância. O fenômeno da judicialização funciona, portanto, como um mecanismo de cobrança do aparelho estatal pela prestação de assistência à saúde,

Contudo, as limitações orçamentárias, por si só, não devem impedir a concretização de direitos fundamentais, especialmente no contexto político e social do Brasil. Esse fundamento acaba por servir de argumento ratificador das desigualdades existentes. Igualmente, o princípio da reserva do possível não pode ser subterfúgio para a negativa do poder público na implementação do serviço de saúde pública, inserido no rol de direitos fundamentais.

Ademais, vive-se com a falta de articulação conjunta para a obtenção de tutela coletiva, o que agrava a crise.

Portanto, sob qualquer perspectiva, o Judiciário é chamado a atuar em questões sobre política pública, podendo o cidadão demandar contra qualquer um dos entes públicos, porque solidariamente responsáveis. A repartição administrativa do Sistema único de Saúde visa organizar a prestação de serviço e não pode ser entrave ao exercício do direito.

Em contrapartida, as decisões judiciais, como da sua essência, devem ser fundamentadas. O Magistrado deve buscar apoio técnico, sobretudo nas demandas coletivas naquelas em que

se busca ampliar o rol do SUS. É necessário estabelecer uma hermenêutica jurídica que direcione as decisões em matéria de políticas públicas, com o objetivo de prestigiar o princípio constitucional da separação e independência entre os Poderes.

O ativismo judicial é, no contexto da realidade social, política e econômica do país, uma forma de convalidação dos direitos constitucionais e, ainda, de compensação da desigualdade social. Espera-se que um dia o Brasil consiga, de fato, garantir a todos, sem entraves burocráticos ou negativas descabidas, um serviço de saúde de qualidade, à altura da carga tributária arrecada para essa finalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v 217, p. 55-56, jul/set.1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 19 set. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

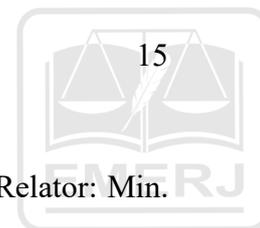
_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 09 abr. 2023.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 04 set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Núcleo de Assessoria Técnica é considerado referência nacional por secretários estaduais e municipais do País*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5162771>. Acesso em: 19 set.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo no recurso especial n. 727864*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id =298071216&ext=.pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n. 2001.146.00004*. Relator: Des. Marianna Pereira Nunes Feteira Goncalves. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-65>. Acesso em: 17 out. 2023.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial repetitivo n. 1.657.156*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 17 out.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão geral no recurso extraordinário n 855.178*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15319097113&ext=.pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Incidente de Assunção de Competência n 14*. Relator: Min. Gurgel de Faria. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/28042023-Primeira-Secao-fixa-teses-sobre-legitimidade-e-competencia-em-aco-es-com-pedido-de-medicamento.aspx>. Acesso em: 17 out.2023

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. *Apelação n. 0000267-37.2021.8.19.0064*. Relator: Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.19.0>. Acesso em: 17 out. 2023.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Aprovada regulamentação de utilização do e-NatJus pela Justiça*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/aprovada-regulamentacao-de-utilizacao-do-e-natjus-pela-justica>. Acesso em: 19 set.2023.

_____. Ordem dos Advogados do Brasil. *José Afonso da Silva aborda o ativismo judicial em seminário da OAB*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>. Acesso em: 09 abr. 2023.

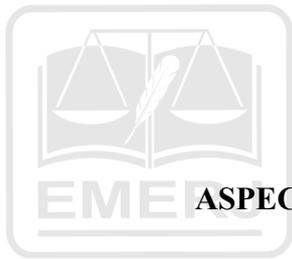
CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

IGNACIO JÚNIOR, José Antônio Gomes. *O STF como único legitimado à troca de sujeitos constitucionais por deficiência de legitimidade (pro-ativismo)*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21302/o-stf-como-unico-legitimado-a-troca--por-deficiencia-de-legitimidade-pro-ativismo/1>. Acesso em: 19 set. 2023.

MENDES, Gilmar, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 12 ed. Rev e atual., São Paulo: Saraiva, 2017.

VALLE, Vanice Lírio do. Judicialização das políticas públicas no brasil: até onde nos podem levar as asas de ícaro. *Revista Jurídica*, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2013, p. 01-24.



ASPECTOS CONSTITUCIONAIS ACERCA DA DECISÃO JUDICIAL QUE REDUZ E CONVERTE ASTREINTES EM PERDAS E DANOS

Priscila Silva Lisboa

Graduada pela Universidade Estácio de Sá (Unesa). Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá (Unesa). Servidora Pública no TJRJ. Assessora do Juízo em Gabinete de Vara Cível.

Resumo – este trabalho versa sobre a multa coercitiva, destacando-se o seu aspecto patrimonial. Em vista da sua natureza jurídica, definem-se dois momentos da aplicação da astreinte: o da fixação do valor unitário e o da adequação do montante. No primeiro, ressalta-se o caráter coercitivo, ainda que deva a multa guardar proporcionalidade com a obrigação discutida. No segundo, identifica-se o problema do destinatário da multa, o qual resulta em uma ponderação, entre a efetividade do processo civil e a vedação do enriquecimento sem causa. A partir disso, defende-se a possibilidade de redução da quantia acumulada.

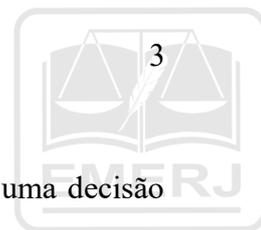
Palavras-chave – Processo Civil. Execução. *Astreintes*.

Sumário – Introdução. 1. Benefícios decorrentes da recalcitrância dos devedores. 2. A boa-fé x o impacto da conduta do devedor recalcitrante. 3. A problemática que envolve a decisão que converte *astreintes* em perdas e danos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de modificação do tratamento legal da execução das *astreintes* diante de um contexto de descumprimento deliberado do comando judicial, por parte do devedor, a luz dos aspectos constitucionais e processuais.

Procura-se demonstrar que as decisões judiciais que condenam a parte ré / executada na obrigação de fazer ou não-fazer, estão sujeitas à fixação das *astreintes*. Portanto, são utilizadas como um mecanismo coercitivo, com natureza de medida de execução indireta, que visam estimular o réu ao cumprimento do comando judicial exarado. Ocorre que muitas das vezes, o réu deixa de cumprir o comando judicial, de modo que o somatório das *astreintes* alcança um valor estratosférico. No entanto, o réu recalcitrante, que, muitas das vezes, deliberadamente, deu causa intencional à mora, manifesta-se nos autos, arguindo o eventual enriquecimento ilícito do credor da obrigação, e obtém a redução equitativa, ou até mesmo a conversão da obrigação em perdas e danos. Dessa maneira, a postura do réu, promove um esvaziamento do instituto, uma vez que deixa de cumprir a decisão, abstraindo o somatório das



astreintes, uma vez que se vale de uma conduta procrastinatória, na certeza de uma decisão futura que relativizará o descumprimento deliberado do comando judicial.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da temática da recalcitrância contumaz dos devedores, quanto ao cumprimento das decisões judiciais, uma vez que o próprio juízo decide em momento futuro, pela relativização das *astreintes* outrora fixadas. Objetiva-se discutir os princípios constitucionais que estão presentes na decisão judicial que converte *astreintes* de forma equitativa. E se tal decisão se encontra em conformidade com a boa-fé, e com a lei vigente.

A Constituição Federal estabelece Princípio do Devido Processo Legal, tendo por decorrência a razoável duração do processo. Essa situação, no entanto, não é observada no que se refere ao descumprimento deliberado do comando judicial. Nesse caso, o devedor recalcitrante, que opta pelo descumprimento da obrigação, acaba sendo premiado, através da redução das *astreintes*. Sendo a parte exequente, mais uma vez desprestigiada pelo sistema normativo e pela construção jurisprudencial. Não obstante, o prejuízo econômico e de tempo ocasionado pela atitude protelatória do devedor ao credor da obrigação, tal celeuma também acarreta o engessamento da marcha processual e da própria máquina da Justiça.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a conduta do devedor que deixa de cumprir a sua obrigação processual de fazer / não-fazer, como uma prática desleal. Objetiva-se comprovar que os devedores se beneficiam do descumprimento deliberado das decisões. Pois deixam de realizar o cumprimento no tempo devido, ensejando a cobrança das *astreintes*. No entanto, após o transcurso de grande intervalo de tempo, manifestam-se nos autos, a fim de reduzirem o somatório do valor das *astreintes* correspondente. De modo que a referida conduta, configura uma manobra processual em seu benefício, em detrimento do exequente, da marcha processual e de todo o sistema jurisdicional.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, com fundamentos jurídicos sólidos, que o devedor vem se beneficiando da sua inação, quanto ao deliberado descumprimento do comando judicial, uma vez que quando as *astreintes* alcançam um importe elevado, o devedor tem a certeza de que poderá recorrer ao juízo, através do requerimento de conversão equitativa das *astreintes*. Objetiva-se demonstrar os impactos processuais e extraprocessuais da conduta procrastinatória do devedor, sobretudo ocasionando entraves à razoável duração do processo e, consequentemente, o engessamento do Judiciário.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de implementação de uma maior efetividade do instituto das *astreintes*, a luz dos preceitos constitucionais. Mostra-se necessária a implementação de mudanças legislativas no que se refere à decisão judicial

Nesse sentido, foi necessário refletir se a violação ao devido processo legal, da razoável duração do processo e da boa-fé merece ser presenteadada com uma decisão que diminui o valor decorrente da inação do devedor e, por via transversa, incentiva a reiteração indiscriminada de uma conduta danosa de descumprimento da decisão judicial.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da jurisprudência e da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese. Por isso, os ilustres doutrinadores Lakatos e Marconi com maestria informam que “A pesquisa bibliográfica é um apanhado geral sobre os principais trabalhos já realizados, revestidos de importância, por serem capazes de fornecer dados atuais e relevantes relacionados com o tema”¹.

1. BENEFÍCIOS DECORRENTES DA RECALCITRÂNCIA DOS DEVEDORES

A recalcitrância é a resistência obstinada, ou recusa de alguém em cumprir instruções, determinações, ou ordens da autoridade competente². Conforme leciona Célio Horst Waldraff, “a atividade do juiz não termina com o proferir da decisão. Deve garantir também sua efetivação”³.

Dessa forma, o Código de Processo Civil (CPC) atribui autoridade ao magistrado para, por iniciativa própria ou mediante solicitação, implementar as medidas incentivadoras para o cumprimento da obrigação, assegurando assim a concretização da tutela específica ou a consecução de uma tutela que produza um resultado prático equivalente.

Célio Horst Waldraff⁴ relata que o CPC foi incisivo e específico quanto aos poderes do juiz, reforçando-os com prerrogativas necessárias para a efetividade das decisões judiciais. Da

¹ LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas 2003, p. 158.

² RECALCITRÂNCIA. In: Portal *Vade Mecum* Brasil. 2023. Disponível em: <<https://vademecumbrasil.com.br/palavra/recalcitrancia>>. Acesso em: 16 ago. 2023.

³ WALDRAFF, Célio Horst. Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-J do CPC/1973. In: *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. V. 5, n. 50, maio 2016, p. 116.

⁴ *Ibidem*.

própria literalidade do preceito, fica patente o seu caráter peremptório, “já que não se trata de mera faculdade, mas sim de obrigação do magistrado”⁵.

Entre essas medidas destinadas a compelir o réu a atender à decisão judicial, a mais comum é a multa cominatória, conhecida também por *astreintes*. Trata-se do que se denomina medida de execução indireta. O objetivo da *astreinte* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, senão estimulá-lo a cumprir a obrigação legal de fazer ou não fazer na forma determinada pelo comando judicial.

As *astreintes* têm origem no direito francês, sendo praticada desde o Antigo Regime, neste período a Corte de Cassação francesa⁶ definiu que:

[...] a *astreinte* é uma medida destinada a vencer a resistência oposta à execução de uma condenação. Não se trata de uma verdadeira via de execução, mas de um meio de pressão consistente na condenação do devedor a pagar uma soma em dinheiro cujo montante aumenta segundo a periodicidade fixada pelo juiz (geralmente por dia de atraso) até o cumprimento da obrigação⁷.

A multa cominatória, também conhecida como *astreinte*, é prevista no art. 537 do CPC/2015⁸, consistindo numa forma de pressionar a parte a cumprir a obrigação que lhe foi imposta pela decisão judicial. Por meio desse preceito, é prestigiada a efetividade do processo, porque o destinatário da ordem judicial será estimulado a satisfazer a obrigação.

Ao comentar acerca do art. 537, do CPC de 2015, Teresa Arruda Alvim⁹ observa que “o dispositivo trata da multa processual de natureza coercitiva a fim de compelir o devedor a realizar a prestação determinada pela ordem judicial, também denominada de *astreinte*, conforme a equivalente do direito francês.”

O art. 537 do CPC prevê a aplicação da multa cominatória na fase de conhecimento, por meio de tutela provisória, ou na fase executiva, com o fito de atender aos critérios de suficiência e de compatibilidade com a obrigação, ajustando-se um prazo razoável para o cumprimento do comando judicial. Descumprida a determinação judicial de fazer ou não fazer no prazo ajustado, a multa cominatória incidirá imediatamente, segundo a previsão do art. 537, § 4º, do CPC,

⁵ BIAZI, Maria Olivia Diniz. O poder geral de efetivação das ordens judiciais no âmbito do cumprimento de sentença no novo CPC. In: WALDRAFE, Célio Horst. *Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-J do CPC/1973*. Disponível em: juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/94739/2016_waldruff_celio_poderes_mandamentais.pdf. Acesso em: 10 abr. 203.

⁶ FACCIN, Mirian Costa. *Estudo sobre as astreintes: do direito francês ao brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 56.

⁷ *Ibidem*.

⁸ BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. *Primeiros Comentários Ao Novo Código De Processo Civil: Artigo Por Artigo*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2016, p. 452.

podendo ser fixa, periódica ou ainda, progressiva. O valor final da multa será revertido para o exequente, conforme a disposição do art. 537, § 2º, do CPC.

Isso significa que o magistrado, diante das circunstâncias do caso concreto, deve estar atento se a multa é de fato útil e capaz de coagir o réu ao cumprimento da obrigação e, em avaliação positiva, definir valor razoável e a periodicidade de incidência para persuadir o réu ao cumprimento espontâneo da prestação determinada pela decisão judicial.

O professor Alexandre Freitas Câmara¹⁰ assinala que:

A multa deve ser fixada em valor suficiente para pressionar psicologicamente o devedor a cumprir a decisão judicial. Afirmou-se em respeitável sede doutrinária que “seu valor deverá ser exorbitante, desproporcional ao conteúdo econômico da causa, mas adequado a pessoa do executado. O valor da multa não guarda relação com o conteúdo econômico do direito posto em causa.” Realmente, o valor da multa terá de ser fixado em função da capacidade econômica do devedor, de forma a ser capaz de constrangê-lo psicologicamente.

A adequação a ser realizada pelo magistrado com fundamento no art. 537, §1º, inciso I, do CPC, leva em consideração que a multa arbitrada não pode: (i) ultrapassar o valor da obrigação principal; (ii) não observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e (iii) ser aplicada de imediato, sem a adoção de outras medidas pelo credor para ver satisfeita a obrigação, ou seja, devem ser tomadas medidas anteriores que sejam capazes de mitigar a perda.

Um dos principais desafios na aplicação das *astreintes* é determinar o valor adequado da multa, considerando, acima de tudo, sua capacidade de suportar financeiramente a penalidade, e o seu grau de interesse em desafiar a ordem judicial.

O preceito cominatório em alusão admite certa flexibilidade, de modo que, se a boa-fé objetiva é um princípio basilar do direito do consumidor, segundo o qual as partes possuem o dever de agir com base em valores éticos e morais da sociedade. Desse comportamento, decorrem outros deveres anexos, como lealdade, transparência e colaboração, que merecem ser observados em todas as fases do contrato.

Portanto, entende-se que a conduta do devedor recalcitrante, ofende não somente o credor da relação processual em voga, mas atinge, indiretamente, os demais jurisdicionados, que deixam de receber a prestação jurisdicional em tempo razoável, em razão do acúmulo de demandas que se arrastam em decorrência de atos meramente protelatórios, que infelizmente, encontram amparo na legislação vigente.¹¹

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentenças*. 3.ed. Rio de Janeiro: Juris, 2007, p. 54.

¹¹ PIMENTA, José Marcelo Barreto. O princípio da boa-fé processual e a ineficácia prática da multa por litigância de má-fé. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2686, 8 nov. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17782>. Acesso em: 1 ago. 2023.



2. A BOA-FÉ X O IMPACTO DA CONDUTA DO DEVEDOR RECALCITRANTE

A boa-fé objetiva constitui um pilar fundamental no direito do consumidor, estipulando que as partes devem conduzir-se conforme os padrões éticos e morais aceitos pela sociedade. A partir dessa premissa, emergem obrigações secundárias como fidelidade, clareza e cooperação, as quais devem ser respeitadas durante todas as etapas do contrato. Este princípio exige uma conduta de integridade, um comportamento regido pela honestidade, que se alinha a critérios externos, regras de comportamento e níveis de retidão socialmente aceitos e validados.

O art. 5º do CPC diz que todo aquele que de qualquer forma participa do processo, deve se comportar de acordo com a boa-fé. Discorrendo sobre a boa-fé processual, Didier Jr. lembra que:

O art. 5º do CPC não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito processual: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independentemente da existência ou não de boas ou más intenções.¹²

A boa-fé objetiva, frequentemente referida apenas como boa-fé, está vinculada aos conceitos de honestidade, fidelidade e integridade que norteiam as ações de um indivíduo. Constitui, em última análise, um princípio ético que impõe o compromisso de manter-se fiel ao que foi prometido ou ao comportamento adotado, fundamentando-se na premissa de não enganar nem explorar a confiança depositada por outrem.¹³

A boa-fé objetiva não é antagônica à má-fé e não depende necessariamente do conhecimento que o indivíduo tem sobre a realidade. Embora esteja enraizada no âmbito ético e social, sua aplicação transcende para o universo jurídico. Cabe ao magistrado efetivar o princípio do respeito mútuo e da confiança recíproca entre os indivíduos, seja em contextos contratuais, litigiosos ou em qualquer outra forma de relação jurídica.

Essencialmente, essa prática consiste em alinhar as normas jurídicas ao comportamento típico observado na sociedade em um determinado período. Inicia-se com a identificação de um comportamento padrão, representativo do cidadão médio, aplicável a uma situação específica, considerando os fatores e eventos sociais relevantes. Essa metodologia visa criar padrões comportamentais específicos para cada caso, onde a sinceridade é o princípio orientador para

¹² DIDIER JR, Didier Junior; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 104.

¹³ PRETEL, Mariana. *A boa-fé: conceito, evolução e caracterização como princípio constitucional*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1565, 14 out. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10519>. Acesso em: 1 ago. 2023.

todas as ações humanas, sejam elas comerciais ou não. Em resumo, espera-se que cada indivíduo molde suas ações conforme o modelo de comportamento socialmente esperado, baseado no conceito impetrante.

Trata-se de um princípio cuja aplicação não é estritamente definida, variando de acordo com as circunstâncias específicas de cada situação. Assim, é esperado que cada pessoa mantenha seu compromisso e não traia a confiança depositada por outros, para que não esteja em desacordo com o sistema jurídico como um todo.

A boa-fé objetiva fundamenta-se pelo interesse coletivo em que as pessoas cooperem e sejam solidários entre si, visando fortalecer os princípios constitucionais de solidariedade e justiça social. Esta forma de boa-fé desencoraja práticas que se afastem dos padrões estabelecidos de honestidade e lisura, fomentando a confiança e harmonia nas interações sociais. Em resumo, visa-se, por meio da boa-fé objetiva, fomentar uma sociedade mais justa e cooperativa, na qual prevaleça a honestidade e o respeito recíproco.¹⁴

Assim, a ideia de boa-fé transcende a esfera das obrigações, contrariamente ao que muitos pensam, conferindo ao magistrado ampla discricionariedade. Isso lhe permite adequar a aplicação judicial às transformações sociais, exigindo sempre uma avaliação detalhada das especificidades de cada caso, conforme ensina Clóvis Couto e Silva:

[...] O princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte. A principal função é a individualizadora em que o juiz exerce atividade similar a do pretor romano, criando o "direito do caso". O aspecto capital para a criação judicial é o fato de a boa-fé possuir um valor autônomo, não relacionado com a vontade. [...]¹⁵

Considerando o exposto, denota-se uma ausência de boa-fé por parte do devedor, que se vale do descumprimento voluntário da obrigação, gerando uma frustração na expectativa do recebimento do crédito pelo exequente.

Nesse cenário, a conduta recalcitrante do devedor vai de encontro ao princípio da boa-fé objetiva, ou seja, o padrão de conduta que se espera de um sujeito. Pois, o curso do processo se prolonga no tempo. De modo que o cumprimento da obrigação de fazer / de não fazer, a seu tempo, resolveria a relação jurídica, satisfazendo a justa expectativa do credor, qual seja, receber o que é seu por direito.

¹⁴ PRETEL, Mariana. A boa-fé: conceito, evolução e caracterização como princípio constitucional. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1565, 14 out. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10519>. Acesso em: 1 ago. 2023.

¹⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 42.



Não obstante, no curso de um processo, a conduta protelatória do devedor ocasiona o engessamento da engrenagem do Poder Judiciário, uma vez que deixa de entregar a prestação jurisdicional, em inúmeras outras demandas, segundo o Princípio da Razoável Duração do Processo.

Dessa feita, a boa-fé objetiva pós-constitucional caracteriza-se como uma nova forma de solucionar conflitos em sede de direito processual civil, emergindo como um novo e eficaz instrumento delimitador dos direitos e vinculador do Juiz a um pronunciamento concreto, consoante leciona Humberto Theodoro Júnior:

Em nome da lealdade e da boa-fé, deverá o juiz impedir genericamente a fraude processual, a colusão e qualquer conduta antiética e procrastinatória. Não há uma tipicidade para as infrações morais Tal como preconiza o Código Processual Modelo Iberoamericano, os atos processuais, dentro de uma cláusula geral.¹⁶

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, na “situação em que a litigância ímproba praticada é considerada qualificada, elevada ao grau de ato atentatório à dignidade da justiça. Trata-se, portanto, de litigância de má-fé mais grave do que a praticada com base no art. 80 do CPC”¹⁷. Conforme essa perspectiva, observa-se que o ato que fere a dignidade da justiça também se enquadra como um ato de litigância de má-fé, conforme estabelecido pelo mencionado artigo. Entretanto, as condutas impróprias presentes nos atos que atentam contra a dignidade da justiça resultam em uma ofensa mais severa aos envolvidos àquelas exigidas para configurar a litigância de má-fé.

Assim, frente à cláusula geral da boa-fé objetiva, as condutas delineadas no art. 80 do CPC são apenas exemplificativas, não esgotando o rol de atitudes desleais, imbuídas de má-fé. Logo, a conduta do devedor recalcitrante, que se vale do instituto da conversão do valor das *astreintes*, deveria ser enquadrada em uma conduta imbuída de má-fé.

Agindo com má-fé, a parte deliberadamente se abstém de colaborar, podendo até criar obstáculos à satisfação da obrigação, com o objetivo de acumular as multas diárias e, uma vez revertidas a seu favor, beneficiar-se financeiramente. Nessas situações, a desonestidade e falta de lealdade da parte são evidentes, configurando um abuso no processo, conforme claramente ilustrado por Humberto Theodoro Júnior:

Entre os casos de abuso processual ofensivos do dever de boa-fé e lealdade, deve-se incluir a conduta maliciosa da parte que retarda a execução da sentença ou da medida antecipatória para se beneficiar com o exorbitante avolumar da multa judicial

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. In: *Revista Jurídica*. São Paulo. V. 368, junho, 2008. p.26.

¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 277.



(*astreintes*), que às vezes se transforma em ruína do devedor e em verdadeiro enriquecimento indevido do credor¹⁸.

A obrigação de cooperar, agir com boa-fé e manter uma conduta leal no processo é crucial nas execuções de obrigações de fazer ou não fazer, que estão sujeitas a penalidades financeiras se não cumpridas. É essencial que as partes envolvidas contribuam para a realização eficaz da justiça, evitando adiar seus direitos em busca de benefícios econômicos e reduzindo seus próprios danos. Isso é necessário para facilitar o cumprimento e a eficácia das decisões judiciais¹⁹.

3. A PROBLEMÁTICA QUE ENVOLVE A DECISÃO QUE CONVERTE ASTREINTES EM PERDAS E DANOS

O Código de Processo Civil estabelece, em seu artigo 6º, o princípio da eficiência da jurisdição como um padrão de comportamento processual, visando assegurar, dentro de um período aceitável, uma decisão de mérito que seja tanto justa quanto eficaz. Além disso, o referido código confere ao juiz a prerrogativa de impor multas para garantir o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, conforme descrito a seguir:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.²⁰

Nesse mesmo sentido, ensina o professor Didier: “que o processo se constitui num meio para a realização do direito material e não um fim em si mesmo”²¹. Contudo, o Código de Processo Civil igualmente especifica que, em certas circunstâncias delineadas no art. 537, tanto no *caput* quanto no § 1º, é admissível a alteração ou remoção da multa mencionada anteriormente.²²

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 55. ed. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 438.

¹⁹ BARROS, Jhonatta Braga. A banalização das execuções envolvendo *astreintes*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4732, 15 jun. 2016.

²⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 8.

²¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2013.

²² BRASIL, *op. cit.*, nota 8.



Assim, enquanto por um lado o juiz possui a prerrogativa de impor a multa conforme estabelecido no artigo 536, § 1º, do CPC, por outro, ele também está legalmente habilitado a ajustá-la ou removê-la, especialmente se o devedor apresentar motivo legítimo para não cumprir a obrigação, conforme disposto no artigo 537, inciso II, § 1º do CPC.

A questão que se levanta para discussão envolve o cenário em que o juiz opta pela conversão da obrigação em perdas e danos após uma tentativa ineficaz de cumprimento da obrigação em questão. Normalmente, tal conversão é efetuada justamente porque o executado/devedor falhou em cumprir com a sua parte da obrigação.

E essa falta de ação pode resultar tanto de uma escolha intencional e doloso do devedor de não agir quanto de um motivo válido que torne o cumprimento da obrigação impossível, conforme prevê o CPC, em seus artigos: Art. 499²³; Art. 816²⁴ e Art. 823, *caput* e parágrafo único²⁵.

O artigo 79 do Código de Processo Civil dispõe que responde por perdas e danos àquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente. Foi estabelecida “uma responsabilidade subjetiva, eis que a lei exige um elemento volitivo, a má-fé, como requisito da responsabilização”²⁶.

Portanto, é importante destacar que frequentemente acontece de o juiz ordenar o cumprimento de uma obrigação e fixar uma multa – as *astreintes* –, com a parte sujeita à ordem judicial não cumprindo no prazo determinado. Nesse contexto, se o juízo decidir pela conversão da obrigação em perdas e danos, conforme estabelecido no art. 500 do CPC, “A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação”²⁷.

No entanto, o uso do artigo 500 do CPC tem gerado controvérsia no meio jurídico, pois muitos profissionais do direito interpretam esse dispositivo de maneira isolada, enquanto a interpretação adequada deveria ser feita de forma sistemática. Isso significa que, ao estabelecer no artigo 500 do CPC a possibilidade de acumular a indenização por perdas e danos com a multa aplicada periodicamente para forçar o réu a cumprir a obrigação de forma específica, o legislador teve como objetivo esclarecer sua aplicabilidade.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 111.

²⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 8.

No entanto, não há justificativa legal para, sob o argumento da aplicação do artigo 500 do CPC, ignorar o disposto no artigo 537, § 1º, do CPC, o qual possibilita a alteração ou exclusão da multa, dependendo das particularidades do caso em questão.

O Ministro Teori Zavaski ensina que não se pode confundir multa com perdas e danos eventualmente devidas. “Ela não tem caráter indenizatório e seu valor poderá atingir quantia maior que a da obrigação, sendo devidas, se for o caso, cumulativamente”²⁸.

O que não se pode permitir é uma interpretação literal onde na hipótese de indenização por conversão em perdas e danos o juiz não poderia modificar ou excluir a multa. O legislador pretendeu dizer que a conversão não é prejudicial à multa. E só. Porém, se no caso concreto o magistrado identifica se tratar de uma das hipóteses do artigo 537, §1º, do CPC, poderá aplicá-lo.

Por exemplo, caso uma obrigação de fazer ou de não fazer não seja cumprida durante 500 dias, resultando em uma multa de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a conversão dessa obrigação em perdas e danos não torna a multa inalterável ou inaplicável. Considere também uma situação em que um usuário de plano de saúde processa o mesmo para conseguir uma consulta com um médico específico, apesar de o plano oferecer outros especialistas equivalentes. Se o médico especificado falecesse, tornando a obrigação inviável, pois o médico não está mais vivo, e o juiz, mesmo assim, determinasse que o plano de saúde assegurasse a consulta, adicionando *astreintes*, estaríamos diante de uma obrigação impossível.

Nesse contexto, se o devedor comprovasse um motivo legítimo — como o falecimento do médico — para não cumprir a ordem judicial e o consumidor se recusasse a ser atendido por outros especialistas disponibilizados pelo plano, ele poderia alegar uma causa justificável para a não execução. Assim, se o juiz decidisse converter a obrigação em uma indenização por danos, em teoria, essa conversão poderia ser feita sem a aplicação de multas.

Esta avaliação deve ser feita individualmente, considerando-se também o comportamento das partes no processo, como a cooperação, a boa-fé, o histórico do envolvido (se for um infrator habitual, por exemplo), entre outros aspectos, para evitar a criação de um ambiente que desrespeite a autoridade judicial e promova o descrédito na justiça do país.

Isso significa que a análise do artigo 500 do CPC deve ser integrada com outros dispositivos processuais para evitar interpretações excessivamente literais que possam levar a resultados injustos e distorcidos. Retomando o pensamento inicial deste texto, é crucial lembrar

²⁸ ZAVASKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V.8. São Paulo: RT, 2000, p. 501.



que o processo é uma ferramenta destinada a efetivar o direito substantivo, e não um objetivo em si.²⁹

O professor Fredie Didier Jr. levanta a discussão acerca da possibilidade de o credor optar pela conversão da obrigação em perdas e danos, mesmo em situações em que a execução da obrigação ainda é possível, concluindo que:

O credor pode optar pela conversão da obrigação em prestação pecuniária mesmo que ainda seja possível o cumprimento na forma específica. Não há nisso qualquer ofensa ao princípio da menor onerosidade possível, tampouco se pode dizer que isso representaria, nos casos em que a obrigação decorre de convenção das partes, uma novação objetiva unilateral³⁰.

É necessário interpretar os artigos mencionados de forma que a aplicação de um não elimine a importância e existência do outro, visto que cada um possui um propósito e significado específico dentro do sistema processual vigente. Não há razão, portanto, para a confusão frequente que tem sobrecarregado o Judiciário com diversas controvérsias processuais, dado que tanto as *astreintes* quanto a conversão em perdas e danos têm suas áreas de aplicação distintas. Com isso, valoriza-se a boa-fé dos envolvidos no processo, a segurança jurídica esperada de uma decisão judicial e a duração razoável do processo.

CONCLUSÃO

Atualmente, torna-se evidente que as *astreintes* desempenham um papel crucial como mecanismo de coerção indireta no sistema jurídico, sendo empregadas com o propósito exclusivo de compelir o cumprimento de obrigações, sem carregar consigo um caráter reparatório. Essa análise, ao se aprofundar na aplicação e nos desafios das *astreintes*, também deve considerar o conceito de boa-fé e sua intrínseca relação com a compensação por perdas e danos, elementos fundamentais para a compreensão completa desse instrumento jurídico.

A relação entre a boa-fé e a compensação por perdas e danos é intrínseca, pois o descumprimento de uma obrigação de maneira desleal ou maliciosa pode agravar os prejuízos sofridos pela parte prejudicada. Nesse sentido, a boa-fé objetiva atua como um limitador da conduta das partes, incentivando o cumprimento adequado das obrigações e minimizando conflitos e danos. Quando uma parte age de má-fé, causando prejuízos à outra, o ordenamento

²⁹ CALHEIROS, Elder Soares da Silva. A polêmica das *astreintes* na indenização por perdas e danos à luz do novo CPC. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55451/a-polmica-das-astreintes-na-indenizacao-por-perdas-e-danos-luz-do-novo-cpc>. Acesso em: 05 set. 2023.

³⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2013, p. 443.



jurídico prevê mecanismos de compensação por perdas e danos, buscando restaurar o equilíbrio e a justiça na relação.

O propósito primordial das *astreintes* é incentivar a parte obrigada a cumprir voluntariamente a decisão judicial, sem a necessidade de intervenção direta na esfera de liberdade do indivíduo. Trata-se de uma multa imposta pelo juiz, que se acumula por cada período em que o devedor permanece em descumprimento da ordem judicial. Essa natureza coercitiva busca equilibrar o sistema de execução de obrigações, fazendo com que o custo do descumprimento seja economicamente desvantajoso para o devedor.

Um dos principais desafios na aplicação das *astreintes* é determinar o valor adequado da multa, considerando, acima de tudo, a capacidade econômica do devedor, ou seja, sua capacidade de suportar financeiramente a penalidade, e o seu grau de interesse em desafiar a ordem judicial. Isso envolve uma análise que leva em conta a suficiência e a proporcionalidade do valor da multa em relação à obrigação principal que se busca compelir. Atualmente, é indiscutível que a natureza das *astreintes*, consiste em um meio de coerção indireta, com caráter exclusivamente coercitivo, não tendo natureza reparatória.

No entanto, a aplicação da multa coercitiva frequentemente resulta na acumulação de valores significativos, sem um limite máximo predefinido para sua imposição. Esse fato gera uma complexa discussão sobre o destino adequado desses montantes. O CPC optou por direcionar o valor integralmente ao credor, perpetuando assim um conflito ainda não resolvido entre a proibição de enriquecimento sem justa causa e a eficácia da tutela jurisdicional.

Diante desse cenário, surge como solução viável a possibilidade de um ajuste excepcional no valor das multas nos casos em que estes se mostrem excessivamente elevados devido à resistência do devedor. Tal medida permitiria uma melhor harmonização entre o princípio da proibição do enriquecimento sem causa e a necessidade de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, promovendo um equilíbrio mais justo entre os interesses em jogo.

Ademais, ao considerar o ajuste do valor atingido pela incidência da multa coercitiva no momento da execução, torna-se crucial focar não apenas no potencial discrepância entre o valor econômico discutido em juízo e o montante final acumulado, mas também no comportamento das partes durante o processo.

Este enfoque busca incentivar o cumprimento das decisões judiciais por parte do executado e o respeito ao princípio da boa-fé objetiva por parte do credor, contemplando a possibilidade de redução do valor da multa tanto em face dos esforços do devedor em atender à determinação judicial quanto em resposta a uma conduta processual negligente por parte do

credor, que pode estar mais interessado na mecânica da proteção jurídica do que na realização efetiva do direito.

Portanto, é fundamental que o valor unitário da multa coercitiva seja estabelecido de forma a refletir uma quantia elevada, porém proporcional à obrigação principal, levando em consideração principalmente a capacidade econômica do devedor e sua disposição em resistir à execução da ordem judicial.

Nesse contexto, ao adequar o valor alcançado pela incidência da multa coercitiva no momento da execução, mais importante do que considerar a possível discrepância entre o valor econômico discutido em juízo e o valor total alcançado, é focar no comportamento das partes, buscando promover a tutela dos direitos por meio da (pelo menos tentativa de) obediência às decisões judiciais por parte do executado e respeito ao princípio da boa-fé objetiva por parte do credor.

Face o exposto, pode-se dizer que a decisão judicial que reduz e / ou converte *astreintes* em perdas e danos, deve ser proferida com cautela e observância dos princípios constitucionais, que se configuram como ferramenta essencial para garantir a efetividade do processo civil e a realização da justiça.

REFERÊNCIAS

BIAZI, Maria Olivia Diniz. O poder geral de efetivação das ordens judiciais no âmbito do cumprimento de sentença no novo CPC. In: WALDRAFE, Célio Horst. *Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-J do CPC/1973*. Disponível em: juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/94739/2016_waldruff_celio_poderes_mandamentais.pdf. Acesso em: 10 abr. 2023.

BARROS, Jhonatta Braga. A banalização das execuções envolvendo *astreintes*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4732, 15 jun. 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*.

Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RR. Tema 706/STJ*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=706&cod_tema_final=706. Acesso em: 21 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.819.069*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ:26/05/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/855190717/inteiro-teor-855190728>. Acesso em: 21 set. 2023.

CALHEIROS, Elder Soares da Silva. A polêmica das astreintes na indenização por perdas e danos à luz do novo CPC. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55451/a-polmica-das-astreintes-na-indenizacao-por-perdas-e-danos-luz-do-novo-cpc>. Acesso em: 05 set. 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentenças*. 3.ed. Rio de Janeiro: Juris, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JR, Didier Junior; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

FACCIN, Mirian Costa. *Estudo sobre as astreintes: do direito francês ao brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. O princípio da boa-fé processual e a ineficácia prática da multa por litigância de má-fé. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2686, 8 nov. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17782>. Acesso em: 1 ago. 2023.

PRETEL, Mariana. A boa-fé: conceito, evolução e caracterização como princípio constitucional. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1565, 14 out. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10519>. Acesso em: 1 ago. 2023.

RECALCITRÂNCIA. In: Portal Vade Mecum Brasil. 2023. Disponível em: <https://vadecumbrasil.com.br/palavra/recalcitrancia>. Acesso em: 16 ago. 2023.

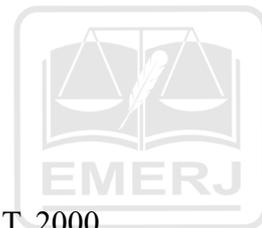
SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. In: *Revista Jurídica*. São Paulo, junho, V.368, 2008.

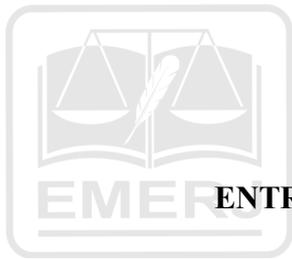
THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento . 55. ed. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WALDRAFE, Célio Horst. Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-J do CPC/1973. In: *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*: V. 5, n. 50, maio 2016, p. 116. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/94739>. Acesso em: 15 out. 2023.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. *Primeiros Comentários Ao Novo Código De Processo Civil: Artigo Por Artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



ZAVASKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000.



ENTRE O MICROSSISTEMA COLETIVO E O SANCIONATÓRIO: A LEI 14.230/21 E A PREPONDERÂNCIA DO DIREITO DE DEFESA DO RÉU

Rachel Bitencourt Fiszpan Alonso

Graduada pela Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio.
Pós-graduanda pela EMERJ.

Resumo – O legislador, em um primeiro momento foi omissivo, e não trouxe, de forma expressa, a possibilidade, ou não, da aplicação do reexame necessário nas ações de improbidade administrativa. Posto isso, o STJ firmou o entendimento pela possibilidade de sua aplicação. Conseqüentemente, antes da Lei n.14.230/21, o Tribunal da Cidadania posicionava-se no sentido de que a ação de improbidade tinha natureza de ação civil, sendo, por conseguinte, a ela aplicável o regime jurídico do microsistema coletivo, ao qual se inclui a regra da remessa necessária em benefício do autor sucumbente. Ocorre que, com o advento do supramencionado ato normativo, numa primeira leitura, o legislador de forma expressa promoveu a proibição da formulação de pretensões não sancionatórias coletivas no processo de improbidade. Isso se deu pelo fato de que, a partir daquele ato normativo, expressamente se quis prever a natureza da ação de improbidade com natureza de ação civil de caráter sancionatório, buscando-se afastar, de vez, o caráter de natureza de ação ressarcitória de tal ação. Sendo assim, à primeira vista, houve uma pacificação do entendimento, com a impossibilidade da aplicação das normas do microsistema coletivo a esse tipo de ação. Dessa maneira, o que a lei fez foi impossibilitar a aplicação do reexame necessário pela exclusividade do caráter sancionatório. Isso se dá pelo fato de que, nesse tipo de ação, deve ser primordial o respeito às garantias, constitucionalmente tuteladas, voltadas para o exercício de defesa do acusado. Desse modo, a fim de se exemplificar, a regra do microsistema coletivo quanto ao reexame necessário, na hipótese da formulação de pedidos sancionatórios e não sancionatórios na ação de improbidade, não pode ser aplicada, a remessa necessária, em vista de se privilegiar o microsistema sancionatório.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Lei n. 14.230/21. Improbidade Administrativa. Pretensão não sancionatória. Microsistema coletivo. Microsistema sancionatório. Remessa Necessária.

Sumário – Introdução. 1. Ação de improbidade: a aplicabilidade da remessa necessária diante do regime jurídico trazido pela nova lei de improbidade administrativa 2. A formulação de pedidos não reparatórios, o microsistema coletivo e a vedação da remessa necessária com a Nova Lei de Improbidade Administrativa. 3. A Nova Lei de Improbidade: uma busca à concretização do direito ao exercício efetivo da defesa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a manutenção da incidência do microsistema coletivo à improbidade administrativa, além da forma de resolução de conflitos entre normas do

microssistema sancionatório e do microssistema coletivo, com o advento da Nova Lei de Improbidade Administrativa.

Antes da Nova Lei de Improbidade Administrativa, o STJ tinha posicionamento de que a ação por improbidade tinha natureza de ação civil. Isto é, a ela, aplicava-se o regime jurídico do microssistema coletivo, ao qual se inclui a regra da remessa necessária em benefício do autor sucumbente.

Nesse contexto, o legislador tinha sido omissivo, não definindo a incidência ou não de reexame necessário nas ações dessa natureza. Porém, como norma geral do microssistema coletivo, entendia-se pela necessidade de reexame necessário em caso de sucumbência da parte autora, em decorrência do reconhecimento da aplicabilidade do microssistema coletivo à improbidade administrativa.

Ocorre que a Lei n. 14.230/21 promove a expressa proibição, por meio do art. 17-D, da tutela de interesses coletivos pela via da improbidade administrativa, imputando a ela um caráter sancionatório, e não civil. Com isso, a primeira impressão é do afastamento total da aplicabilidade das normas do microssistema coletivo à improbidade administrativa. Prova disso é que no âmbito da ação de improbidade passa a ser vedada a remessa necessária conforme o §19, IV, art. 17 e o §3º do art. 17-C, Lei n. 8.429/92, instituto típico da tutela coletiva - art. 19, Lei de Ação Popular.

Diante disso, inicia-se o primeiro capítulo da pesquisa analisando o regime da remessa necessária em relação aos pedidos sancionatórios após a Lei n. 14.230/21. A questão que se coloca nesta parte é sobre o eventual afastamento da incidência do regime do microssistema coletivo diante da Lei n. 14.230/21. Para tanto, explora-se as hipóteses de cabimento da remessa necessária, sua eventual natureza jurídica e como ficou após a Nova Lei de Improbidade Administrativa.

Em seguida, o segundo capítulo do trabalho examina se a Nova Lei de Improbidade Administrativa teria afastado as pretensões não sancionatórias da improbidade administrativa. É dizer se é possível a formulação de pedidos de natureza não sancionatória na órbita da ação de improbidade administrativa. Em caso afirmativo, passa-se a averiguar a aplicação dos dispositivos que vedam a remessa necessária, quais sejam o art. 17-C, §3º e o art. 17, § 19, IV, às normas relativas ao microssistema de tutela coletiva, como a remessa necessária em benefício do autor.

Pois, acontece que, ao contrário do que dispõe o art. 17-D, em diversos momentos da Lei de Improbidade Administrativa traz-se a possibilidade da tutela do patrimônio público por meio da tutela. Exemplos disso são os artigos 1º e 8º da Lei que mencionam, respectivamente, a integridade

do patrimônio público e a sucessão da responsabilidade patrimonial concernente à obrigação de reparar o erário.

Com isso, segue-se ponderando, já no terceiro capítulo, que, em se tratando de dano aos cofres públicos, existe a possibilidade de se pleitear a reparação. Nessa linha, a faculdade de formulação de pedido reparatório na ação de improbidade para a tutela de um interesse difuso, o patrimônio público, pode atrair a incidência do microsistema coletivo. Todavia, um potencial conflito de normas pode se instalar entre o microsistema coletivo e o sancionatório. Nessa hipótese, endereça-se qual deve prevalecer.

Portanto, discute-se, pelo método dedutivo e qualitativo, valendo-se um amplo conjunto de referências, a possibilidade, ou não, da continuidade da incidência do microsistema coletivo à ação de improbidade administrativa, diante das modificações trazidas pela Lei n. 14.230/21, bem como de qual microsistema deve prevalecer diante de eventuais conflitos entre normas do microsistema coletivo com as normas do microsistema sancionatório.

1. AÇÃO DE IMPROBIDADE: A APLICABILIDADE DA REMESSA NECESSÁRIA DIANTE DO REGIME JURÍDICO TRAZIDO PELA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Remessa necessária tem previsão legal no artigo 496 da Lei n. 13.105/15, Código de Processo Civil¹. Pode ser compreendida como um fato impeditivo da geração de efeitos da sentença proferida nas condições previstas pelo dispositivo legal. Assim, ela se volta como uma causa que impede o trânsito em julgado da decisão judicial.

Ademais, é preciso que se diga que embora pareça um recurso, ela não o é. No âmbito recursal do Processo Civil, vigora o princípio da taxatividade recursal. Ou seja, os recursos estão previstos de forma exaustiva no rol contido no artigo 994 do diploma normativo mencionado². Neste sentido, só são considerados como recursos os elencados nesse artigo pelo legislador.

Todavia, por ter a aparência, em alguns casos, de um recurso, a doutrina costuma nomeá-lo de sucedâneo recursal,³ que vem a ser um daqueles institutos que possui semelhança com o recurso. Contudo falta ao reexame necessário requisitos essenciais para o ser.

¹ BRASIL. *Lei n. 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04 out. 2023.

² Ibid..

³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante procedimento comum*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 513.



Dentre esses requisitos essenciais ao recurso, que não se visualiza na remessa necessária, está o da voluntariedade. De acordo com esse requisito, cabe ao agente a opção de recorrer ou não recorrer, não sendo ele obrigado a fazê-lo. Recai unicamente sobre ele a avaliação de se essa possibilidade é ou não oportuna. No caso da remessa necessária, o juízo, de ofício, enviará a decisão para a instância superior.

Agora, em relação às remessas dos autos ao Tribunal, após as sentenças que se enquadram nas situações previstas no artigo 496⁴, não cabe discricionariedade. Havendo o preenchimento dos requisitos trazidos por aquele artigo, elas serão necessariamente remetidas ao Tribunal.

Embora a sentença seja intrinsecamente válida, se não cumprir esse requisito previsto em lei (reexame necessário pelo Tribunal), ela não será eficaz, ou seja, ela não irá produzir os efeitos desejados. Nesta senda, a sentença existirá, será válida, porém será ineficaz. Com isso, a remessa necessária é condição impeditiva da geração de efeitos da sentença proferida, diante das condições previstas no art. 496⁵⁶.

Por isso, as sentenças que forem proferidas e se encaixarem na situação prevista no art. 496 da Lei n. 13.105/15⁷ deverão ser remetidas ao Tribunal independente da vontade de recorrer, neste caso, da Fazenda Pública.

Trata-se de uma das hipóteses de tratamento diferenciado da Fazenda Pública, nas ações em que ela fizer parte. Desse modo, caso a Fazenda seja intimada para recorrer e não recorra, a matéria não recorrida, ainda assim, poderá ser impugnada pelo Tribunal por força da remessa necessária.

Nisso, o Tribunal reexaminará a causa como se houvesse sido interposto um recurso de apelação. Ocorre que, com a apelação, os autos sobem ao Tribunal com as razões e as contrarrazões da parte contrária.⁸

Uma das limitações supracitadas diz respeito a previsão do caput, § 1º do art. 496,⁹ que traz de forma expressa que a remessa necessária se dará em decisões proferidas “contra a Fazenda”, além disso, conforme o inciso II, que sejam procedentes.

⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁵ Ibid..

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo coletivo*: Volume Único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. p.348.

⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁸ ARENHART, *op. cit.*, nota 3.

⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

Com isso, tem-se dois requisitos objetivos: decisões contra a Fazenda e que essas sejam procedentes. Ademais, a sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito, consoante art. 485 da Lei n. 13.105/15,¹⁰ não está sujeita à remessa necessária.

Existem hipóteses em que o reexame necessário não vai ocorrer, apesar do preenchimento dos dois requisitos objetivos. Consistem em exceção à regra do art. 496 do CPC.¹¹ Tais exceções vão ter lugar quando o valor não justificar a remessa para um reexame ao Tribunal. Assim, quando o valor da condenação ou o proveito econômico de valor certo e líquido for inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; 500 (quinhentos) salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; 100 (cem) salários mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público, não haverá a remessa necessária.

Nestes casos, a Fazenda poderá recorrer independentemente do proveito econômico, mas não terá o benefício da remessa necessária.

Outra hipótese de remessa necessária de decisões judiciais para além das que constituem a sucumbência processual da Fazenda Pública se vê no âmbito dos processos coletivos, conforme o artigo 19 da Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65),¹² em relação às sentenças contrárias ao interesse do autor. Nesse caso o que está em jogo é o interesse da coletividade levado a juízo.

Assim, a Lei n. 4.717/65¹³ traz de forma expressa a possibilidade de remessa necessária, aqui nessa lei tratada como duplo grau obrigatório, nos casos decisão de improcedência ou sentença terminativa. É preciso dizer que tal regra contida na Lei n. 4.717/65¹⁴ integra o núcleo duro do microsistema coletivo.¹⁵

Nas ações de improbidade, com a Nova Lei de Improbidade Administrativa, houve uma relevante mudança quanto ao tratamento da remessa necessária. Anteriormente à Nova Lei, não havia norma expressa em relação à remessa necessária.

¹⁰ Ibid..

¹¹ Ibid..

¹² BRASIL. *Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em 04 de out. 2023.

¹³ Ibid..

¹⁴ Ibid..

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp n. 1.612.579*, Relator: Ministro Gurgel de Faria. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=110850422®istro_numero=201903279353&peticao_numero=201900850596&publicacao_data=20200612&formato=PDF>. Acesso em: 04 abr. 2023.



Contudo, por um entendimento consagrado do STJ, era possível a aplicação da remessa necessária nos casos de sentença de improcedência e de sentença terminativa. Pelo STJ, a ação de improbidade tinha natureza de ação civil pública.¹⁶ Por isso, pela regra geral do microsistema coletivo, era cabível a remessa necessária no caso de sucumbência da parte autora.

Todavia, com a Nova Lei de Improbidade Administrativa, ao menos dois dispositivos vêm para impedir a remessa necessária às ações de improbidade. Primeiro, está o art. 17-D, Lei n. 8.429/92.¹⁷ Segundo ele, a ação de improbidade tem natureza sancionatória, não constituindo ação civil. O segundo dispositivo é o art. 17-C, §3º, Lei n. 8.429/92.¹⁹ Em sua redação, veda expressamente a remessa necessária no caso das sentenças que versam sobre o conteúdo da lei, qual seja, da apuração da prática de ato de improbidade e da aplicação de sanção pessoal. Por outro lado, surge a dúvida quanto aos pedidos de natureza reparatória, objeto do capítulo seguinte.

2. A FORMULAÇÃO DE PEDIDOS NÃO REPARATÓRIOS, O MICROSSISTEMA COLETIVO E A VEDAÇÃO DA REMESSA NECESSÁRIA COM A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Dentre outras mudanças, a Lei n. 14.230/21²⁰ adicionou à Lei n. 8.429/92²¹ o art. 17-D²², segundo o qual a ação de improbidade administrativa é repressiva e de natureza sancionatória, e não ressarcitória. Adicionalmente, diz o dispositivo que a finalidade da ação de improbidade é a aplicação de sanções. Por fim, o referido artigo diz que o ajuizamento da ação por improbidade administrativa é proibido quando envolver o controle de legalidade de políticas públicas ou a tutela do patrimônio público e social, do meio ambiente ou qualquer outro interesse coletivo.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp n. 1.235.685*, Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800147525&dt_publicacao=04/12/2019>. Acesso em 04 abr. 2023.

¹⁷ BRASIL. *Lei n. 8.429*, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 10 set.2023.

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p.290.

¹⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 17.

²⁰ BRASIL. *Lei n. 14.230*, de 25 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm>. Acesso em: 04 out. 2023.

²¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 17.

²² BRASIL, *op. cit.*, nota 21.

Conforme afirmado no capítulo anterior, antes da Nova Lei de Improbidade Administrativa²³, o STJ criou entendimento no sentido de que a ação de improbidade tinha natureza de ação civil pública.²⁴²⁵²⁶ Com isso, era possível a incidência do microsistema coletivo às ações de improbidade.²⁷ Conseqüentemente, anteriormente à Lei n. 14.230/21²⁸, à primeira vista, poder-se-ia permitir a aplicação da regra da remessa necessária quando da sucumbência da pretensão autoral.²⁹³⁰

Ocorre que isso foi afastado com o art. 17-D³¹: não apenas ele afasta o caráter de ação civil pública da ação de improbidade, expressamente apontando a sua índole sancionatória, como também torna defeso o uso dela para a tutela de interesses coletivos. Nessa linha, consoante Rafael Costa e Renato Barbosa, a Lei n. 14.230/21³² veio a contrariar entendimento consolidado do STJ, que pouco antes da promulgação da referida lei, tinha sido veiculado, por meio do informativo de jurisprudência n. 695³³, no qual, em caso de sentença de improcedência ou reconhecendo a carência da ação de improbidade, caberia a aplicação do microsistema coletivo.³⁴

Dessa maneira, o questionamento que fica é se teria a Lei n. 14.230/21³⁵ excluído, ao fim, pretensões não sancionatórias do escopo da ação de improbidade. A esse questionamento, o que parece é que subsistiria sim a faculdade de formulação de pedidos não sancionatórios. Explica-se. Como apontam Daniel Neves e Rafael Oliveira, o ato de improbidade administrativa é um ato

²³ Ibid..

²⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.220.667-MG*, Relator Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=016355>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, *Pet 3240 Agr/DF*, Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748003291>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.925.492-RJ*, Relator Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=018144>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

²⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 21.

²⁹ CHUEIRI, Miriam Fecchio; SOUZA, Emerson Cortezia de. *A remessa obrigatória e as ações coletivas em espécie - sistema processual coletivo de proteção ao interesse público*. Revista de Processo, v. 200/2011, out. 2011, pp.159/191.

³⁰ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. *O Novo Código de Processo Civil e algumas reflexões iniciais das implicações na ação de improbidade administrativa*. Revista de Processo, v.250/2015, dez. 2015, pp.341-362.

³¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 21.

³² Ibid..

³³ BRASIL, *op. cit.*, nota 28.

³⁴ COSTA, Rafael de O.; BARBOSA, Renato K. *Nova Lei de Improbidade Administrativa: De acordo com a Lei n. 14.230/2021*. São Paulo: Grupo Almedina, 2022. pp.206-208.

³⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 21.



ilícito qualificado.³⁶ E como qualquer ato ilícito de natureza civil, o ato ímprobo normalmente gera danos. Danos voltados ao patrimônio público. Nessa esteira, o pedido sancionatório pode vir acompanhado, por exemplo, de pedido reparatório em caso de danos ao erário, tutelando, dessa maneira, um direito difuso, pedido, por excelência, não sancionatório.

Essa possibilidade de formulação de pedidos não sancionatórios e de tutela de pretensão coletiva, ao contrário do que apregoa o art. 17-D³⁷, pode ser encontrada em diversas passagens da Lei n. 8.429/92³⁸. Logo no art. 1º, a Lei n. 8.429/92³⁹ sinaliza como objetivo a garantia da integridade do patrimônio público e social. Outro artigo é o 8º, segundo o qual, diante da morte da pessoa natural ou da incorporação ou fusão da pessoa jurídica, existe a sucessão da responsabilidade patrimonial concernente à obrigação de reparar o erário. Trata-se de verdadeira tutela da pretensão reparatória, e não sancionatória.⁴⁰

Em seguida, pode ser citado o art. 12, II da Lei n. 8.429/92⁴¹. Ao estabelecer a penalidade de multa, em tal dispositivo, foi fixado como base de cálculo para a sanção por improbidade o valor do dano ao patrimônio público. É dizer, no bojo do processo de improbidade, para se aplicar a multa contida no art. 12, inciso II, deve ser objeto de prova e contraditório a apuração e quantificação da extensão do dano ao erário. Mas surge o questionamento: que sentido haveria todo o trâmite processual para apuração do dano e ser ajuizada ação autônoma apenas para a condenação dos réus à reparação do patrimônio público? Não há nenhum sentido nisso. Até por uma questão de economia processual, havendo a necessidade de se discutir a extensão do dano como questão prejudicial à sanção da multa, parece lógico haver, na ocasião, a condenação a reparar o Estado pelo dano causado.

Por fim, outro artigo que exemplificativamente pode ser citado para corroborar a subsistente possibilidade de tutela do patrimônio público pela via da improbidade administrativa é o art. 16 da Lei n. 8.429/92⁴². Consoante tal dispositivo, é facultado à parte autora da ação de improbidade pleitear, no momento do ajuizamento da ação e no curso do processo de improbidade, a indisponibilidade de bens dos réus com o propósito, dentre outros, de ser assegurada a reparação

³⁶ NEVES; OLIVEIRA, *op. cit.*, nota 18. p.149.

³⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 21.

³⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 17.

³⁹ *Ibid.*.

⁴⁰ NEVES; OLIVEIRA, *op. cit.*, pp.160-165.

⁴¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 17.

⁴² *Ibid.*.

ao dano causado ao patrimônio público. Destaca-se que o §10 do mesmo artigo limita o emprego tal medida assecuratória apenas para o ressarcimento ao erário, não podendo ser aplicado às dívidas derivadas da aplicação da sanção de multa por ato de improbidade administrativa.

Ademais, vale mencionar que é possível a conversão da ação de improbidade em ação civil pública.⁴³ Dessa maneira, pode-se notar que é possível sim a tutela de um interesse coletivo, o patrimônio público e social, pela via da ação de improbidade administrativa. Se, de um lado, à pretensão sancionatória na Improbidade Administrativa incide o microssistema sancionatório,⁴⁴ à pretensão não sancionatória, aplicam-se as regras do microssistema coletivo.⁴⁵

Portanto, se no capítulo anterior, como falado, poderiam ser sustentadas, ao menos, duas razões para obstar a aplicação da remessa necessária ao processo de improbidade administrativa (a proibição da tutela de interesses coletivos pela ação de improbidade administrativa, de acordo com a parte final do art. 17-D, e a vedação da remessa necessária na hipótese das decisões que versam sobre a matéria da Lei n. 8.429/92⁴⁶, qual seja, a apuração da prática de ato de improbidade e aplicação da respectiva sanção, conforme o art. 17-C, §3º), percebe-se que tais motivos não parecem se aplicar imediata e exatamente aos pedidos de natureza não sancionatória.

A uma, como já endereçado, é possível a formulação de pedidos não sancionatórios, atraindo, assim, a incidência do microssistema coletivo. A duas, a proibição de remessa necessária em ação de improbidade administrativa é para, como dispõe o §3º, art. 17-C, as sentenças que versem sobre as matérias relativas à Lei n. 8.429/92⁴⁷.

Entretanto, se havia dúvidas acerca da incidência dos arts.17-C, §3º e 17-D a pedido não sancionatório, a partir do art. 17, §19, Lei 8.429/92⁴⁸ – igualmente trazido pela Lei n. 14.230/21⁴⁹ –, é possível de se extrair, de forma inequívoca, que não é aplicável o instituto da remessa necessária mesmo nos casos de pedido não sancionatório.⁵⁰ Ainda que a remessa necessária deixe de ser aplicável às ações de improbidade em vista do advento da Lei n. 14.230/21⁵¹, os pedidos não

⁴³ COSTA; BARBOSA, *op. cit.*, nota 34.

⁴⁴ CARNEIRO, Rafael de Alencar Araripe. *A reformulação limitadora do conceito de improbidade administrativa*. In: CARNEIRO, Rafael de Alencar Araripe; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios*. (Coleção IDP). São Paulo: Editora Almedina, 2022. pp.110-112.

⁴⁵ NEVES; OLIVEIRA. *op. cit.*, pp. 166-168.

⁴⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 17.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 21.

⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Improbidade Administrativa, Processo Coletivo e a Lei 14.230/2021: consensos e dissensos numa coautoria*. *Revista de Processo*, vol. 338/2023, Abr / 2023, p. 299 - 312.

⁵¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 21.



sancionatórios continuam podendo ser formulados, considerando-se uma leitura sistemática da Lei n. 8.429/92⁵².

Diante disso, em relação aos pedidos dessa natureza, permanecem sendo aplicáveis as regras do microsistema coletivo. Por conseguinte, a questão subsequente que surge é como conciliar o microsistema sancionatório, paradigmaticamente ilustrado pela vedação à remessa necessária nas ações de improbidade com a Lei n. 14.230/21⁵³, com o microsistema coletivo, que, em um mesmo processo, podem vir a incidir – e até colidir entre si.

3. A NOVA LEI DE IMPROBIDADE: UMA BUSCA À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO EXERCÍCIO EFETIVO DA DEFESA

Conforme exposto nos capítulos anteriores, a remessa necessária, com a Lei n. 14.230/21,⁵⁴ passou a ser expressamente vedada, independentemente da natureza, sancionatória ou não, do pedido formulado na ação de improbidade administrativa. Esse exemplo da mudança no tratamento da remessa necessária apenas corrobora a guinada inaugurada pela Lei n. 14.230/21,⁵⁵ de inclusão do processo de improbidade administrativa no âmbito do microsistema sancionador.

Ainda que antes a ação de improbidade fosse entendida como componente do microsistema coletivo, ela sempre teve um elemento distintivo: as sanções que prevê na forma do seu art. 12. Nenhuma ação de natureza cível, seja individual, seja coletiva, pode ter como resultado a aplicação de sanções, exceto a ação por improbidade administrativa^{56,57}

Essa peculiaridade da ação de improbidade, de certo modo, foi ressaltada pelo legislador ordinário através da Lei n. 14.230/21.⁵⁸ Exatamente por prever sanções, a escolha legislativa foi

⁵² BRASIL, *op. cit.*, nota 17.

⁵³ BRASIL, *op. cit.*, nota 21.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ SILVA, Beatriz Kropf de Camargo e. *A Lei de Improbidade Administrativa e o microsistema de tutela coletiva*. Disponível em: <https://www.femperj.org.br/assets/files/A_LEIDEIMPROBIDADEADMINISTRATIVAEOMICROSSISTEMADETUTELACOLETIVA.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2023.

⁵⁷ NEVES; OLIVEIRA. *op. cit.*, nota 36. p.154.

⁵⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 21.

por afastar a improbidade do microsistema coletivo e levá-la ao sancionatório⁵⁹.⁶⁰ Este, dessa maneira, passa a ser composto – além do Processo Penal e do Processo Administrativo Sancionatório – pelo Processo de Improbidade Administrativa.⁶¹

O microsistema sancionatório pode ser compreendido a partir do seu resultado: a possibilidade de ser atribuída ao réu de um determinado processo certa sanção. Logo, o escopo do microsistema sancionatório perpassa o franqueamento, no âmbito processual, do mais pleno e efetivo direito de exercício de defesa pelo réu.⁶² Dentro da lógica de um processo acusatório, duas figuras podem ser encontradas, de um lado o Estado acusador e de outro o acusado, hipossuficiente em comparação ao Estado, que detém o monopólio do exercício da força.⁶³ Desse modo, a estrutura do processo deve se ater ao direito de defesa do acusado.

Em diversas passagens o legislador ordinário expressa a escolha por levar o processo de improbidade ao microsistema sancionatório. Além dos arts. 17, §19, IV e 17-C, §3º, que vedam a remessa necessária em processo de improbidade administrativa, e do art.17-D, que aponta a finalidade sancionatória da ação de improbidade, conforme já estressado anteriormente, podem ainda ser mencionados os §§ 6º, 19, I e II do art. 17 e §4 do art.1º, todos dispositivos da Lei n. 8.429/92.⁶⁴

Logo no §4º do art. 1º da Lei n. 8.429/92⁶⁵ há a indicação da aplicação ao regime da improbidade administrativa dos princípios constitucionais do Processo Administrativo Sancionador. Já no MS 23.262/DF,⁶⁶ o Plenário do STF havia se manifestado no sentido de que

⁵⁹ MENDONÇA, Heitor Vitor; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação de improbidade administrativa: do microsistema de tutela coletiva para o direito sancionador*. São Paulo: Estadão, 2022. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/acao-de-improbidade-administrativa-do-microsistema-de-tutela-coletiva-para-o-direito-sancionador/>>. Acesso em: 12 ago. 2023.

⁶⁰ BONFADINI, Carla; CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. *Breves anotações processuais sobre a Lei 14.230/21 e seu impacto no campo do combate à corrupção*. Migalhas, 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/361202/breves-anotacoes-processuais-sobre-a-lei-14-230-21>>. Acesso em: 12 ago. 2023.

⁶¹ AGUIAR, Gean Carlos Ferreira de M.; NOVAES, Miguel Filipi Pimentel. *Interdependência entre improbidade e direito Penal à luz do artigo 21, §4º da LIA*. CONJUR, 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mai-11/novaese-aguiar-interdependencia-entre-improbidade-direito-penal>>. Acesso em: 12 ago. 2023.

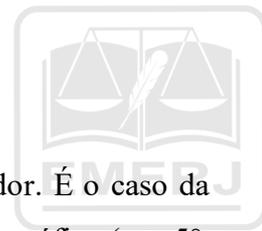
⁶² FAZZIO JUNIOR., Waldo. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. pp.426-430.

⁶³ WEBER, Max. *Wirtschaft und gesellschaft*. Köln-Berlin: Editor J. Winckelmann, 1964. In: HIRSCH, Joachim. *Forma política, instituições políticas e Estado – I*. Economies et Societés, v. 12, p. 139, 1990. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/artigo212artigo135Artigo1.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2023.

⁶⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 17.

⁶⁵ Ibid..

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 23.262*, Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em:<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2023262%22&base=acordaos&>



princípios da seara penal tinham aplicação no contexto administrativo sancionador. É o caso da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB) e o da retroatividade da lei mais benéfica (art. 5º, XL, CRFB). Além desses princípios, podem ser mencionados como integrantes desse microsistema sancionatório o princípio da legalidade, tipicidade, responsabilidade subjetiva, o do *non bis in idem* e o da individualização da pena.⁶⁷

Ademais, estatui o §6º, I e II, do art.17, Lei n. 8.429/92⁶⁸ que cabe à acusação, na petição inicial, individualizar a conduta do acusado através de um conjunto probatório mínimo que corrobore a existência de autoria e materialidade de ato ímprobo. Pelo art. 17, § 19, I da Lei n. 8.429/92⁶⁹, por sua vez, expressamente proíbe o efeito de presunção de veracidade dos fatos em caso de revelia do acusado. Este dispositivo torna patente que, mesmo no pior cenário defensivo possível, o de não apresentação de defesa, ainda cabe ao Estado acusador o ônus de provar a “culpa” do acusado – e não do acusado de provar sua inocência.⁷⁰ Nesse sentido e pelas mesmas razões, o art. 17, §19, II⁷¹ veda a inversão do ônus da prova em prejuízo ao réu.

Como anteriormente dito, além do pedido sancionatório, é possível a formulação de pedido não sancionatório em ação de improbidade. Conseqüentemente, dois microsistemas podem ser atraídos para reger determinado processo de improbidade: o microsistema sancionatório, voltado para a ampla e efetiva defesa do réu, e o microsistema coletivo, voltado para a tutela do interesse coletivo, no caso o patrimônio público e social, concedendo este maior proteção ao autor⁷².

Ocorre que é possível de se perceber uma contradição em potencial: enquanto o microsistema sancionatório está voltado para conceder mais garantias ao réu para o seu efetivo exercício do direito de defesa, o microsistema coletivo está focalizado em atribuir ao autor maior proteção, a fim de se permitir a plena proteção de direitos coletivos. Apesar de pedidos não sancionatórios serem eventuais no processo de improbidade, ao contrário dos pedidos

sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 05 set. 2023.

⁶⁷ ZAVASCKI, Teori. *Improbidade administrativa e prerrogativa de foro*. MARQUES, Mauro C. *Improbidade Administrativa - Temas Atuais e Controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 376.

⁶⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 17.

⁶⁹ *Ibid.*.

⁷⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério P. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. pp.279 e 556.

⁷¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 17.

⁷² NEVES; OLIVEIRA, *op. cit.*, pp.158-160.

sancionatórios, que precisam necessariamente serem formulados, isso não afasta a possibilidade de surgirem conflitos entre os microssistemas depois da Lei n. 14.230/21.⁷³

Como lecionam Daniel Neves e Rafael Oliveira, a regra está para a autonomia entre os pedidos. Enquanto puderem ser aplicadas as normas de cada microssistema sem interferência mútua, tais normas devem ser aplicadas em relação ao pedido regido pelo respectivo microssistema.⁷⁴ Contudo, o que pode acontecer é, em algumas situações, ser inconciliável aplicar as respectivas normas de cada microssistema ao pedido que se refere. Isso porque a norma a ser aplicada afeta todo o processo, e não apenas um pedido. É dizer, em algumas situações, não há como aplicar, ao mesmo tempo, uma regra favorável ao autor e outra ao réu. Nessas hipóteses, apenas uma norma pode ser aplicada, e a questão que surge é: qual norma deve ser a prevalente, a que beneficia o autor ou o réu?

Exemplo paradigmático dessa circunstância de necessidade de escolha é justamente a remessa necessária. Como já visto, na forma do art. 19 da LAP,⁷⁵ aplica-se a remessa necessária, pelo microssistema coletivo, quando da sucumbência da pretensão autoral. Por outro lado, igualmente já salientado, os arts. 17, §19, IV e 17-C, §3º da Lei n. 8.429/92⁷⁶ vedam a submissão do processo de improbidade ao reexame necessário.

Imagine-se, ilustrativamente, um processo de improbidade em que se imputa à determinada pessoa fato ímprobo em razão a um dano ao patrimônio público. Nesse processo, a parte autora cumulou não apenas o pedido sancionatório, mas também o não sancionatório para que o réu reparasse o dano causado ao Estado. Havendo a improcedência dos dois pedidos, por exemplo, em razão da inexistência de conduta por parte do acusado para o resultado danos ao erário, não há como aplicar a remessa necessária para se tutelar o patrimônio público, interesse coletivo, e aplicar, ao mesmo tempo, a regra de que não cabe remessa necessária no âmbito da improbidade.

Nesses casos de mútua exclusão entre as normas do microssistema sancionatórios e as do microssistema coletivo, devem preponderar as normas do microssistema sancionatório.⁷⁷ Para

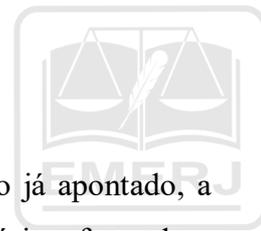
⁷³ BRASIL, *op. cit.*, nota 21.

⁷⁴ NEVES; OLIVEIRA, *op. cit.*, nota 72.

⁷⁵ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <

⁷⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 17.

⁷⁷ NEVES; OLIVEIRA, *op. cit.*



demonstrar essa preponderância, volta-se ao art. 17-D, Lei n. 8.429/92.⁷⁸ Como já apontado, a escolha legislativa foi de caracterizar o processo de improbidade como sancionatório, afastando a natureza de ação civil pública. Adicionalmente, ao contrário de qualquer outra ação cível, a ação de improbidade administrativa tem como finalidade precípua a busca de uma sanção, acompanhada ou não de pedidos não sancionatórios. Formular pedidos, por exemplo, de reparação ao erário não precisam ser pela via do processo de improbidade, cabendo o emprego, exemplificativamente, da ação civil pública para a tutela desse interesse coletivo. Dessa forma, ainda que seja possível, como regra, a coexistência dos dois microssistemas, nas situações em que suas normas sejam mutuamente excludentes, devem prevalecer as normas do microssistema sancionatório.

CONCLUSÃO

Como visto, a remessa necessária, com o advento da Lei n. 14.230/21, torna-se inaplicável no âmbito da improbidade administrativa devido à natureza sancionatória. Ainda que regra do microssistema coletivo, o instituto da remessa necessária é afastado pelo legislador ordinário, conforme os arts. 17, §19, IV e 17-C, §3º. Inclusive, o art. 17-D é expresso em atribuir natureza sancionatória à ação de improbidade, vedando tal ação como meio de tutela de interesses coletivos. Com isso, a própria possibilidade de se fazer pedidos além de sancionatórios, a uma primeira vista, parece interdita com a nova Lei.

Contudo, em diversos dispositivos, o legislador manteve na Lei de Improbidade a tutela do interesse coletivo através da ação de improbidade. Isso demonstra, ao contrário, a faculdade de se utilizar do processo de improbidade para também se tutelar o patrimônio público e social, um interesse coletivo.

Acontece que, então, existe a plausibilidade de pedidos com regimes jurídicos distintos coexistirem em um mesmo processo. Enquanto o microssistema sancionatório foca nas garantias voltadas para o exercício do direito de defesa do acusado, o microssistema coletivo está voltado para a efetivação e proteção de interesses coletivos a partir da atribuição de benefícios ao autor, que, no caso, do processo de improbidade, é o Estado.

Em um primeiro momento, vale a regra da autonomia: para cada pedido, aplicam-se as normas relativas ao seu respectivo microssistema. Todavia, há situações em que não é possível a

⁷⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 17.

aplicação simultânea das normas, devendo ser escolhida apenas uma. Nessa hipótese, deve prevalecer o microsistema sancionatório, voltadas para a garantia de defesa do acusado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Gean Carlos Ferreira de M.; NOVAES, Miguel Filipi Pimentel. *Interdependência entre improbidade e direito Penal à luz do artigo 21, §4º da LIA*. CONJUR, 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mai-11/novaese-aguiar-interdependencia-entre-improbidade-direito-penal>>. Acesso em: 12 ago. 2023.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante procedimento comum*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BONFADINI, Carla; CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. *Breves anotações processuais sobre a Lei 14.230/21 e seu impacto no campo do combate à corrupção*. Migalhas, 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/361202/breves-anotacoes-processuais-sobre-a-lei-14-230-21>>. Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. *Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em 04 de out. 2023.

_____. *Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm#:~:text=LEI%20No%207.347%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201985.&text=Disciplina%20a%20a%3%A7%3%A3o%20civil%20p%3%BAblica,VETADO\)%20e%20d%3%A1%20outras%20provid%3%AAncias.>](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm#:~:text=LEI%20No%207.347%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201985.&text=Disciplina%20a%20a%3%A7%3%A3o%20civil%20p%3%BAblica,VETADO)%20e%20d%3%A1%20outras%20provid%3%AAncias.>)>. Acesso em: 10 de set. 2023.

_____. *Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. *Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114230.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp n. 1.235.685*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=99315767&num_registro=201800147525&data=20190809&tipo=41&formato=PDF> Acesso em 04 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp 1.220.667-MG*. Relator Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=016355>>. Acesso em: 10 ago. 2023.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.925.492-RJ*, Relator Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=018144>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal, Plenário, *Pet 3240 AgR/DF*, Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748003291>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

CARNEIRO, Rafael de Alencar Araripe. *A reformulação limitadora do conceito de improbidade administrativa*. In: CARNEIRO, Rafael de Alencar Araripe; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Nova Lei de Improbidade Administrativa: inspirações e desafios*. (Coleção IDP). São Paulo: Editora Almedina, 2022.

CHUEIRI, Miriam Fecchio; SOUZA, Emerson Cortezia de. *A remessa obrigatória e as ações coletivas em espécie - sistema processual coletivo de proteção ao interesse público*. Revista de Processo, v. 200/2011, 2011.

COSTA, Rafael de O.; BARBOSA, Renato K. *Nova Lei de Improbidade Administrativa: De acordo com a Lei n. 14.230/2021*. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério P. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Improbidade Administrativa, Processo Coletivo e a Lei 14.230/2021: consensos e dissensos numa coautoria*. Revista de Processo, vol. 338/2023, Abr / 2023.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. *O Novo Código de Processo Civil e algumas reflexões iniciais das implicações na ação de improbidade administrativa*. Revista de Processo, v.250/2015, dez. 2015.

MENDONÇA, Heitor Vitor; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação de improbidade administrativa: do microsistema de tutela coletiva para o direito sancionador*. São Paulo: Estadão, 2022. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/acao-de-improbidade-administrativa-do-microsistema-de-tutela-coletiva-para-o-direito-sancionador/>>. Acesso em: 12/08/2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo coletivo: Volume Único*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2022.



SILVA, Beatriz Kropf de Camargo e. *A Lei de Improbidade Administrativa e o microssistema de tutela coletiva*. Disponível em: <<https://www.femperj.org.br/assets/files/A-LEIDEIMPROBIDADEADMINISTRATIVAEMICROSSISTEMADETUTELACOLETIVA.pdf>>. Acesso em: 12/08/2023.

WEBER, Max. *Wirtschaft und gesellschaft*. Köln-Berlin: Editor J. Winckelmann, 1964. In: HIRSCH, Joachim. *Forma política, instituições políticas e Estado – I*. Economies et Societés, v. 12, 1990.

ZAVASCKI, Teori. *Improbidade administrativa e prerrogativa de foro*. MARQUES, Mauro C. *Improbidade Administrativa - Temas Atuais e Controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 376.

O INSTITUTO *CONTEMPT OF POWER* APLICADO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Rafael Mistieri Matheus

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado.

Resumo – A tutela do cumprimento de decisões judiciais, para preservar a eficácia material do direito do tribunal, estabelece medidas hábeis a reprimir o não cumprimento de decisões judiciais, em especial, as mandamentais. O instituto da *common law*, absorvido na esfera brasileira, exerce a função de medida processual punitiva. Com o objetivo precípuo os deveres de lealdade e ética processuais, a nova redação do caput visa alcançar número irrestrito de destinatários do comando legal, atingindo todas as pessoas que intervierem de alguma forma na prestação jurisdicional do Estado. Não se confundindo com as astreintes, ou má-fé processual, a abordagem feita procura determinar os conceitos e comparar as utilidade entre o que é aplicável no Brasil e as jurisprudências estrangeiras. A análise das mudanças legislativas entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Novo CPC, assim como as técnicas utilizadas para impedir o embaraço do poder judiciário. A análise sob o prisma do art. 77, IV e VI do Código de Processo Civil, os quais abrangem os atos atentatórios à dignidade da justiça.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. *Contempt of Court*. Dignidade da Justiça. Boa-fé. Medidas Repressivas. Sanções Punitivas. Astreinte.

Sumário – Introdução. 1. O *Contempt of Court* no Sistema Judiciário Brasileiro. 2. A aplicabilidade do *Contempt Power* no Contexto do Direito Brasileiro. 3. Análise casuística dos atos atentatórios da dignidade da justiça e seus limites. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa a extensão do efetivo cumprimento de decisões judiciais, o qual o direito brasileiro proporciona procedimentos objetivando formar a convicção do magistrado e garantir a autonomia decisória das sentenças. Procura-se apresentar as medidas processuais que visam evitar abusos do direito de postular, contra obstáculos e resistências ao cumprimento de decisões definitivas.

A prestação de tutela jurisdicional comporta um importante papel na atual sociedade, e abrange não apenas os mecanismos para trazer eficácia no momento de prolatar uma sentença, mas igualmente sua verificação após a decisão final de mérito, certificando-se do cumprimento adequado do dever judicial.

A medida processual objeto desse trabalho científico, o *Contempt of Power*, verifica legitimar medidas coercitivas com fim de preservar a autoridade das cortes brasileiras, aplicando-

se penas de multa ou prisão a quem não cumprir as ordens judiciais. Ela foi instituída como meio para prevenir e reprimir atos de desobediência, obstrução e impedimento dos poderes judiciários.

Desse modo, os tribunais começaram a adotar práticas fiscalizatórias das condutas de desrespezo dos participantes do processo. No entanto, a expressão *contempt of court* é comumente confundida com as medidas restritivas que visam tutelar o exercício da atividade jurisdicional, como as sanções. Nesse sentido, o descumprimento das decisões judiciais é um crescente problema na sociedade brasileira, necessitando-se de repensar formas a impedir o desacato da autoridade judicial e a manutenção do ordenamento jurídico brasileiro.

Discute-se, no primeiro capítulo do trabalho científico, qual o impacto das medidas punitivas e qual sua efetividade na prestação de tutela jurisdicional antes e após o trânsito em julgado do processo civil, e porque o impacto é positivo. Busca-se, com isso, responder até que ponto é considerado desacato das decisões judiciais, e quais os meios punitivos para prevenir a violação da efetiva tutela jurisdicional, assim como a função dos princípios da boa-fé objetiva, da segurança jurídica e da motivação das decisões judiciais.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a aplicabilidade do instituto da *common law* no contexto do direito brasileiro, em especial a ambiguidade histórica entre o encolhimento do poder dos tribunais de punir e a multiplicação dos requisitos do devido processo legal. Procura-se responder se o instituto “*Contempt of Court*” é determinante para solucionar a falta de observância à coisa julgada. Como se subdivide os parâmetros entre o civil *contempt* e o *criminal contempt*, e quais limites e medidas em comum? Onde se encontram as aplicações para o *mandatory injunction* e o *prohibitory injunction*?

O terceiro capítulo diferencia as diversas classificações de “*Contempt of Court*”, assim como apresenta as sanções e limitações impostas no direito estrangeiro, em comparado com às aplicações no direito pátrio. Portanto, procura-se responder se a inauguração do novo processo civil, na Lei n. 13.105/2015, quais alterações nos atos atentatórios à dignidade da justiça da legislação anterior? Qual o procedimento da aplicação das multas a favor do Estado, conceituados no art. 77, §§ 2 e 8, e sua valoração em relação a gravidade do ato?

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. O CONTEMPT OF COURT NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O *Contempt Power* é descrito na história do direito anglo americano como um poder inerente ao Judiciário e Legislativo de coagir as possíveis interferências externas na atuação dos deveres constitucionais. A Constituição estabelece no art. 92¹, a forma de organização do judiciário, o qual remete a função essencial da Justiça: julgar; solucionar os conflitos; e aplicar a lei. O art. 44 da Constituição regula a forma de organização do Legislativo, que é exercido pelo Congresso Nacional, para construir; fiscalizar; e representar as leis do povo brasileiro.

O conceito aplicado no exterior, está conexo ao poder do corpo governamental de punir por desacato das decisões institucionais. Diversamente da aplicação brasileira, o poder legislativo americano, enquanto preside seus debates na duração do Parlamento, está exposto a sofrer limitações que impedem o prosseguimento de seus legítimos privilégios. A função do *Contempt Power* é remover obstruções ao bom desempenho dos órgãos governamentais. Por isso é importante considerar as origens históricas do instituto anglo americano, antes de se considerar a aplicação das medidas punitivas no território brasileiro.

O *Contempt Power* não é apenas regulamentado na relação existente do poder Judiciário. O significado gramatical da palavra indica a conduta assumida por quem desrespeita outro ou alguma coisa. Importante notar que essas definições representam, não apenas a desobediência na corte, mas a consequência humana imanente da prática negativa de uma interação social, e que precisa ser repelida com as respectivas medidas punitivas. Segundo o dicionário Cambridge, entre as definições da palavra *contempt*², se destacam: Comportamento que é ilegal, porque não obedece ou respeita as regras de um tribunal – também desacato ao tribunal, tradução nossa.

Em uma breve introdução, o contempt of court se originou na Inglaterra por meio do antigo poder judicial que persistiu nas duas casas legislativas, *House of Commons* e *House of the Lords*.

¹ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2023.

² CONTEMPT. In: CAMBRIDGE DICTIONARY. Londres: Cambridge University Press & Assessment, 2023. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/contempt>> Acesso em 07 abr. 2023.



A colonização da América pela Inglaterra transferiu as leis e consequentemente o instituto inglês medieval, justificado pelo direito com base na necessidade dos órgãos governamentais na manutenção de seu poder. Os casos na Inglaterra e Estados Unidos em que tratam de poder de desprezo, todos pressupõe que firmado o contrato social por indivíduos, estes sacrificam alguma parte de suas liberdades civis para manutenção da ordem social.

Dentre seus princípios, a autoproteção é um dos pilares que sustentam as medidas punitivas e que refletem a arbitrariedade presente na preservação dos três poderes. Este argumento não foi declarado com mais força do que por *Lord Ellenborough, Chief Justice*, no caso de *Burdett v. Abbott*, julgado pela *Court of King's Bench*, em 1811, onde ele disse:

Os privilégios que pertencem a eles [as Casas do Parlamento] parecem sempre ter sido (...) necessário que eles tivessem a mais completa segurança pessoal, para permitir eles se reunissem livremente com o propósito de cumprir suas importantes funções, e também que eles deveriam ter o direito de autoproteção; não me refiro apenas contra atos de injustiça individual; pois pobres e impotentes seriam de fato os privilégios do Parlamento, se eles não poderiam também proteger-se contra injúrias e afrontas proferidas ao órgão agregado, que impeçam ou impeçam o pleno e efectivo exercício das suas funções parlamentares(...), tal órgão deve a priori estar munido de uma autoridade competente para fazer cumprir o livre e independente exercício de suas próprias funções próprias, quaisquer que sejam funções podem ser. Tradução nossa.³

De início ilustra-se a conceituação do instituto do *Contempt of Court*, conforme encontrada em Goldfarb⁴: "Desacato pode ser geralmente definido como um ato de desobediência ou desrespeito a um órgão judicial ou legislativo, ou interferência em seu processo ordenado, para o qual uma punição sumária é geralmente exigida (...)." tradução nossa.

A incorporação do conceito no *civil law* apareceu primeiramente através do CC de Napoleão, em que se adotou como princípio a incolumidade física no terreno das obrigações. O famoso adágio *nemo potest cogi ad factum*, afirma que o responsável por pagar perdas e danos causados, não pode ser forçado a cumprir uma obrigação específica. Neste código, o art. 1.142 proibiu o constrangimento físico, apenas possibilitando a pessoa prestar obrigação por ela exequível. Portanto, na hipótese de inadimplemento, substitui-se a execução específica em perdas e danos adequadamente refletido no art. 880 do Código Civil de 1916⁵, a lei não tolera o devedor

³ POTTS, C.S. *Power of Legislative Bodies to Punish for Contempt*. *University of Pennsylvania Law review*. Disponível em: <

https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8110&context=penn_law_review> Acesso em 07 abr. 2023. p. 704.

⁴ GOLDFARB, Ronald. *The History of the Contempt Power*. 1961. 29 fls. Artigo para Washington University. p. 12. Disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol1961/iss1/6> Acesso em 07 abr. 2023.

⁵ BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071/imprensa.htm>.



ser forçado por qualquer tipo de violência, segundo Pontes de Miranda: (...) as obrigações *faciendi*, em princípio, permite a execução *in natura*, art. 881⁶, e só se tal execução importaria em constrangimento pessoal do devedor – *Nemo ad factum precise cogi potest* é que se pré-exclui a execução pela prestação de fato⁷.

Nos países que adotam a *civil law* é reconhecida em certa extensão a adequação da punição por consequências passadas, algum desacato criminal, no entanto não se adotam a punição com o objetivo de coagir um indivíduo a agir de determinada maneira no futuro – *civil contempt*. Aqui se estabelece a distinção de desacato como meio de coagir a prática do comportamento humano, da medida punitiva como resposta a uma consequência proveniente da ilegalidade. Enquanto as sociedades punem as pessoas pelos seus erros, nos desacatos civis é ineficaz a resposta pelos danos, pois a reparação, arrependimento ou reforma são objetivos secundários à punição pessoal.

A solução encontrada, a sanção pecuniária como instrumento executivo para forçar o cumprimento da obrigação, baseia-se a multa no conhecido princípio do menor esforço. A multa constrange o executado ao cumprimento, o bem a ser entregue passará do patrimônio do executado para do exequente, preservando sua incolumidade física. A multa é conhecida como *astreinte*, termo de origem francesa, mediante a cominação de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento. O valor da multa surte significativa modificação desde que torna-se valor extraordinário e gravoso, completamente desproporcional ao conteúdo econômico da prestação, conforme Couture⁸.

2. A APLICABILIDADE DO CONTEMPT POWER NO CONTEXTO DO DIREITO BRASILEIRO

O instituto do *contempt power* garante o acesso a jurisdição e o direito de obterem-se provimentos jurisdicionais hábeis para modificação da situação jurídica, de modo que sua afronta afeta a estrutura constitucional do direito pátrio. A efetividade da jurisdição brasileira consagra a

Acesso em: 25 out. 2023.

⁶ *Ibid*

⁷ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7543471/mod_resource/content/0/Monitoria%2003%20-%20Pontes%20de%20Miranda%20-%20Obrigat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em 07 abr. 2023, p.143.

⁸ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. 3 ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. p. 461. Disponível em:< <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf>> Acesso em 25 out. 2023.

proteção dos direitos fundamentais da Carta Magna, disponibilizando instrumentos para o sistema processual civil que impedem o descumprimento dos provimentos judiciais ou a perpetuação de atos visando seu cumprimento.

Desse modo, o Código de Processo Civil de 1973⁹ proporcionou no art. 14 caput e inciso V, como também no parágrafo único, uma funcionalização para o tratamento do *civil contempt*, assim como do *criminal contempt*. Antes, o CPC dirigiu-se somente às partes e procuradores, no entanto, todos os participantes do processo devem observar suas diretrizes em função do cumprimento de uma ordem legal, dentre eles: Juízes; membros do Ministério Público; advogados; representantes legais ou assistentes das partes; autoridades coatoras nos Mandados de Segurança; auxiliares da justiça; e terceiros estranhos ao processo.

O instrumento estrangeiro apresenta o *contempt of court* sob dois primas: primeiramente relacionado ao ato de *contempt* praticado pelo *contemnor*; e um segundo, visto como instituto jurídico. Em relação ao primeiro, o *contempt power* representa um ato de desprezo ou desobediência ao tribunal, punível com multa ou prisão. No segundo sentido, o instituto jurídico originário da *common law* cuja finalidade é coagir pessoas à cooperação por intermédio da aplicação de sanções.

No Código de Processo Civil brasileiro de 2015¹⁰, ampliou-se o número de artigos que tratam do tema, anteriormente eram três: art. 599, 600 e o 601, atualmente são oito: art. 77, IV, VI e seus parágrafos; art. 161, parágrafo único; art. 334, §8º; art. 772, II; art. 774 e parágrafo único; art. 777; art. 903, §6º; e art. 918, parágrafo único. Prevendo ainda sua aplicação não apenas na fase de cumprimento de sentença (atual Título II, do Livro I, da parte Especial) ou na execução (atual Livro II, da parte Especial), mas a todas as fases processuais e espécie de processo. O art. 77, incisos IV, VI e parágrafos do CPC¹¹ equivalem ao revogado inciso V e parágrafo único do art. 14 do CPC/73¹². Nos dispositivos, instaurou-se o conceito de que as condutas poderão ser punidas como ato atentatório da dignidade da justiça.

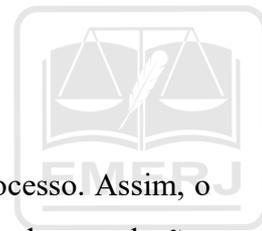
O art. 77 do CPC/2015 enumera deveres atribuídos à quem participem de do processo, não apenas pretendia punir condutas que deixem de cumprir ou embarassem o cumprimento da justiça,

⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em 25 out. 2023.

¹⁰ BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 25 out. 2023.

¹¹ *Ibid*

¹² BRASIL, *op. cit.*, nota 9.



mas considera a previsão moral, através de condutas éticas dos indivíduos no processo. Assim, o juiz deve dirigir o processo não apenas reprimindo atos atentatórios mas indeferindo postulações protelatórias – art. 139, III, CPC¹³. Porém as sanções processuais não devem ser atípicas, porque não se discutiu no âmbito legislativo sobre as medidas punitivas não previstas no ordenamento pátrio na coerção aos *contemnors*.

Por essa via, os provimentos mandamentais englobam as tutelas antecipadas ou cautelares em qualquer tipo de ação, em que sua execução é imediata, determinada pelo juiz sem a substituição pela reparação pecuniária. Provimentos mandamentais são aqueles que trazem em si um comando com a exigência do seu próprio cumprimento pelo obrigado e observância por todos. Em primeira mão, a utilização do mandado de segurança como forma do Estado amparar lesões pecuniárias é possível em duas hipóteses: a) reconhecimento de vencimentos e vantagens pecuniários de servidores públicos – Lei n. 5.021/66¹⁴; b) remoção de obstáculos a pagamentos em dinheiro, desde que a retenção desses pagamentos decorra de ato ilegal da Administração.

Não obstante, os provimentos mandamentais são instrumentalizados através de uma sentença com eficácia mandamental, que transmite o mandamento do juiz para que o coator cesse a ilegalidade. Não será necessário processo executivo, pois a sentença com a efetivação transcorre no próprio processo, em que é recebida por ofício ao impetrado, valendo como ordem legal. Conhecidas sentenças com eficácia mandamental são a decisão em mandado de segurança; a ação inibitória; e do § 2º do art. 212 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵. Assim, de acordo com o doutrinador Pedro da Silva Dinamarco continua dizendo que é a essência da ação mandamental que a sentença de procedência determine a automática expedição de mandado. É pura expressão de próprio poder estatal, assim entendido como a capacidade de decidir e de impor suas decisões.¹⁶

A inobservância do mandado judicial caracteriza o crime de desobediência – Código Penal, art. 330¹⁷. No entanto, Cássio Scarpinella Bueno¹⁸ distingue que o crime configure

¹³ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 5.021, de 9 de junho de 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15021.htm>. Acesso em: 25 out. 2023.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 25 out. 2023.

¹⁶ COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Org.). *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34-35.

¹⁷ BRASIL. *Código de Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2023.

¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança*. Um tema com variações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 135-145.

desobediência se o descumprimento for da parte de particular, desde que enquadrasse no capítulo do CP dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral. Mas o crime seria o de prevaricação – CP, 319¹⁹, quando a autoridade for funcionário público. Neste sentido, pode-se afirmar que o *criminal contempt* refere-se ao desrespeito criminal de uma ordem do tribunal que acarreta penalidades criminais.

A responsabilização, neste caso, deve ser uma ordem que se faça determinada coisa *mandatory injunction* ou uma ordem para que se abstenha de fazer algo *prohibitory injunction*. As medidas punitivas são semelhantes tanto para o *civil contempt* quanto para o *criminal contempt*: prisão, multa, limitação de direitos processuais e seqüestros de bens. Insultar o juiz, comunicar-se com os jurados ou interromper processos judiciais são exemplos comuns de atos que podem ser citados como crime de desacato.

Entende-se que o *contempt of court* rege-se pelos deveres de cumprir e não criar embaraços. Ao cumprir a determinação judicial a pessoa a ela obrigada não deve criar embaraços, sendo eficaz contra todos, erga omnes. As providências cautelares antecipam os efeitos, possibilitando que usufruam da decisão final antecipadamente. Os embaraços serão verificados pela situação concreta quando o juiz determinar novos provimentos judiciais, ou intimar às partes para sanar possíveis vícios do processo.

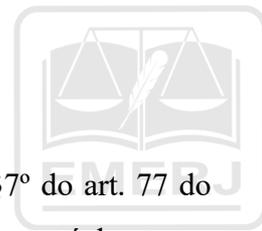
O antigo parágrafo único do art. 14 do CPC de 73²⁰ estabelecia os responsáveis e a devida sanção pelo embaraço dos provimentos judiciais. Na sistemática do artigo, haverá aplicação de multa e o credor será o Estado, ao descumprir os deveres instituídos. O legislador, no entanto, não impossibilitou a aplicação de multa ao Estado, possibilitando a abrangência das sanções inclusive ao Poder Público. Não sendo pago o valor da dívida, esta será inscrita na dívida ativa da Fazenda Pública Estadual ou Nacional, ou, ainda, na do Distrito Federal.

No que se entende de aplicação de sanções, o valor da multa a ser aplicada, deve ser no máximo 20% (vinte por cento) do valor da causa ou débito em execução, conforme o art. 77, §2º do CPC²¹, no entanto, a advertência é condição prévia à imposição da multa. Percentual este que dependerá da conduta causadora do descumprimento ao cumprimento de ordem judicial, ou seja, o juiz deve analisar o comportamento do responsável e o resultado da conduta. No entanto, caso venha a ocorrer prática ilegal contra o estado de fato de bem ou de direito litigioso, acometerá ao

¹⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 17.

²⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 9.

²¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.



infrator a proibição de falar nos autos até a restauração do estado maculado – §7º do art. 77 do CPC/2015²². Conforme Rezende²³, a multa poderá ser reajustada pelo magistrado em até dez vezes o salário mínimo quando se mostrar insuficiente diante do valor financeiro irrisório da causa ou quando se tratar de causas de valor inestimável – §5º do art. 77 do CPC/2015²⁴.

Em relação ao *contempt civil*, o juiz determina o cumprimento de uma prestação pelo *contemptor*, que decorre da ação ou omissão a certo comportamento prescrito pelo tribunal, quando aquele descumprir uma ordem judicial. As sanções para o *contempt civil* podem ser coercitivas ou de caráter compensatório e, mesmo que não intencional, podem surtir efeitos punitivos. No *contempt penal*, refere-se a sanção punitiva para deter atos futuros que afetem a dignidade da justiça ao punir o ofensor ou pelo desacato de autoridade judiciária.

Se um ato de desprezo for praticado em desfavor direto do respeito à autoridade judiciária ou ao correto andamento do processo, como quando as partes se comportam intencionalmente de uma maneira a prejudicar a atuação dos magistrados e auxiliares da justiça ou os impeçam de fazer seu trabalho, o *contempt* será considerado de natureza criminal. Por exemplo, as regras da corte estabelecem *como contempt of court*: Conduta desordenada, comportamento insolente ou violação da paz, barulho ou outra perturbação ou ação que realmente obstrua ou dificulte a administração da justiça ou que diminua a autoridade do tribunal.²⁵

O *contempt* ainda pode ser classificado segundo a atuação direta ou indireta. O *contempt* direto acontece na presença do tribunal. Por exemplo, alguém pode cometer desacato direto ao gritar com o juiz de uma forma que impeça o funcionamento do tribunal e traga desrespeito ao tribunal. O desacato indireto ocorre fora da presença do tribunal. Os exemplos incluem comunicação imprópria com jurados fora do tribunal, recusando-se a entregar provas intimadas e recusando-se a pagar pensão alimentícia ordenada pelo tribunal.

Enfim, para a efetivação dos provimentos mandamentais, o art. 536, §1º do CPC²⁶ determina ao juiz medidas a serem aplicadas independentemente de instauração de processo de execução, tais como: a) multa diária ao réu, no caso de descumprimento de obrigação judicial, sem

²² BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

²³ REZENDE, Renato Horta. *Atos Atentatórios à dignidade da justiça e a sanção numerus clausus*: interpretação sistemática do atual Código de Processo Civil. *Prisma Jur*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 341-370, 2017.

²⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

²⁵ *CRIMINAL Contempt of Court*. *FindLaw*, 2023. Disponível em: <<https://www.findlaw.com/criminal/criminal-charges/criminal-contempt-of-court.html>> Acesso em 25 out. 2023.

²⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

necessidade de pedido autoral, o qual poderá ser aumentada caso insuficiente à coação do obrigado – *astreintes*; b) busca e apreensão; c) remoção de pessoas e coisas; d) desfazimento de obras; e) impedimento de atividade nociva; f) utilização de força policial para a efetivação das medidas.

3. ANÁLISE CASUÍSTICA COMPARADA DOS ATOS ATENTATÓRIOS DA DIGNIDADE DA JUSTIÇA E SEUS LIMITES

Na doutrina estrangeira²⁷, o critério a aplicar para determinar a obstrução à administração da justiça não é a obstrução efetiva resultante de um ato, mas o carácter do ato praticado e a sua tendência direta para impedir e obstruir a execução de um ato. Da mesma forma, o teste para determinar se um determinado ato é uma tentativa de influenciar ou intimidar um tribunal não é a influência exercida sobre a mente de um determinado juiz, mas a tendência razoável dos atos praticados para influenciar ou produzir o resultado funesto.

Na Constituição Brasileira²⁸, o art. 95 estabelece o princípio da vitaliciedade e inamovibilidade, dos quais o juiz não poderá ser removido, salvo por interesse público. O art. 96, I, estabelece que aos tribunais competem elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. Por outro lado, a cláusula de Bom Comportamento indica que os juízes não são nomeados para os seus cargos por períodos determinados e não podem ser destituídos à vontade; a destituição de um juiz federal exige impeachment e condenação por crime grave ou contravenção.

A questão de saber se um determinado desacato é civil ou criminal pode ser de grande importância. Por exemplo, o desacato criminal, ao contrário do desacato civil, implica direitos processuais inerentes aos processos. Em *Ex parte Grossman*²⁹, embora sustentando que o Presidente pode perdoar um desacato criminal, o Chefe de Justiça Taft observou *in dicta* que tal poder de perdão não se estendia ao desacato civil. Não obstante a importância de distinguir entre os dois, houve casos em que os arguidos foram acusados de desrespeito civil e criminal pelo mesmo ato.

²⁷ JUSTIA U.S. Law. *The Contempt Power*. Disponível em: <<https://law.justia.com/constitution/us/article-3/11-the-contempt-power.html>>. Acesso em 14 set. 2023

²⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

²⁹ JUSTIA U.S. Supreme Court. *Ex Parte Grossman*, 267 U.S. 87 (1925). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/267/87/>>. Acesso em: 25 out. 2023.

No caso *Shillitani v. Estados Unidos*³⁰, o Supremo Tribunal considerou que os arguidos estavam em desacato civil, com o fundamento de que a diferença entre desacato civil ou criminal é o que o tribunal determina nos limites da sentença. Como o objetivo era obter respostas às questões do grande júri, e o tribunal providenciou a libertação dos réus mediante cumprimento; ao passo que um processo de desacato criminal seria caracterizado pela imposição de uma sentença incondicional para punição ou dissuasão.

Todavia, no caso *União Internacional, UMW v. Bagwell*³¹, o Tribunal formulou um novo requisito para estabelecer a distinção entre desacato civil e criminal em certos casos. Doravante, a imposição de multas por desacato não compensatórias exigirá processo criminal. Este caso, envolveu a imposição de grandes multas a um sindicato por violações de uma liminar. No entanto, o Tribunal foi vago no que diz respeito às normas para determinar quando uma ordem judicial é complexa e, conseqüentemente, instaurou-se um processo criminal.

No Brasil, os incisos IV e VI do artigo 77 do CPC³² apresentam ações positivas e negativas das quais as partes, advogados e terceiros processuais, que devem obediência, quando de qualquer forma participem do processo. A infringência qualifica o ato atentatório à autoridade do Judiciário, que com base no princípio da cooperação em sua modalidade preventiva, o legislador estabeleceu a necessidade de advertência prévia à aplicação de punições – §1º do art. 77 do CPC/2015³³. Neste sentido, havendo perpetuação do ato, aplica-se multa de até vinte por cento do valor da causa, adicionada às sanções criminais: prevaricação, desobediência ou fraude processual, civis: indenização por perdas e danos e processuais: *astreintes*, presunções, etc.

Nos dispositivos do art. 77 e art. 334 do CPC/2015³⁴, o infrato deve pagar a multa ao Estado, precedida de advertência. No entanto, ao tratar da destinação do crédito das multas ao Estado, os Entes públicos também são partes em juízo ao descumprirem decisões judiciais. Em tais ocasiões, a multa deverá ser destinada à parte vencedora – parte contrária, pois o dinheiro dispendido sairá e retornará ao mesmo Ente, tornando este protegido contra a possível sanção.

No art. 334, §8º do CPC/2015³⁵, que dispões da audiência de conciliação ou mediação,

³⁰ JUSTIA U.S. Supreme Court. *Shillitani v. United States*, 384 U.S. 364 (1966). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/364/>> . Acesso em: 25 out. 2023.

³¹ JUSTIA U.S. Supreme Court. *Mine Workers v. Bagwell*, 512 U.S. 821 (1994). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/821/>> . Acesso em: 25 out. 2023.

³² BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

³³ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

³⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

³⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

determinou que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação implicará em multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa”. Em paralelo, no processo de execução, o art. 774 do CPC/2015³⁶ impõem o dever do magistrado advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça, reverenciando o princípio cooperação em seu viés preventivo e mantendo a sistemática processual que exige a explicitação da intenção do litigante em causar dolosamente prejuízo processual. E Segundo Rezende:

O caráter sancionatório e a reprimenda a atos que evidenciem o contempt of court permanecem inalterados na parte especial do código a que trata o processo executivo, pois, os artigos 774 e 903 ambos do CPC/2015³⁷ também admitem a cumulação da multa com outras sanções de natureza material, ainda que o crédito apurado se reverta exclusivamente ao exequente que, o executará nos próprios autos do processo executivo³⁸ – art. 777 do CPC/2015³⁹.

No que se refere a atuação das partes no tribunal, Didier⁴⁰ coloca que deverão apresentar argumentações claras; observar a lealdade processual; a vedação a ações danosas protegidas por meio de sanções a serem declaradas judicialmente. Ao magistrado compete o dever de: requisitar esclarecimentos sobre fatos, fundamentos e pedidos, consultando e facultando às partes a possibilidade de influenciar a decisão a ser proferida; e ainda, o dever de agir com lealdade, vedada má-fé e exigida boa-fé; além de proteção, direcionada à efetivação e efetividade da prestação jurisdicional, prevenindo situações e circunstâncias que possam frustra-la.

Os tribunais possuem um poder inerente, a natureza do poder de desacato foi descrita por Justice Field, em *Ex parte Robinson*⁴¹, sustentando a validade aplicada aos tribunais inferiores em que passaram a colocar mais ênfase no poder inerente dos tribunais para punir desacatos. No caso *Michaelson v. Estados Unidos*⁴², onde restou decidido que os atributos que são inerentes ao poder de punir o desrespeito e são inseparáveis dele não podem ser revogados. Neste caso, o Tribunal colocou intencionalmente uma interpretação restrita das seções da *Lei Clayton*, onde a

³⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

³⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

³⁸ REZENDE, Renato Horta. Atos Atentatórios à dignidade da justiça e a sanção *numerus clausus*: interpretação sistemática do atual Código de Processo Civil. *Prisma Jur*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 341-370, 2017.

³⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

⁴⁰ DIDIER Jr. Fredie. *Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 128-130.

⁴¹ JUSTIA U.S. Supreme Court. *Ex Parte Robinson*, 86 U.S. 505 - 1873. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/86/505/>>. Acesso em: 25 out. 2023.

⁴² JUSTIA U.S. Supreme Court. *Michaelson v. United States*, 266 U.S. 42 (1924). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/266/42/>>. Acesso em: 25 out. 2023.

desobediência a liminares trabalhistas desdobrou à punição por desacato.

Os limites ao devido processo pelo *contempt power*, na doutrina estrangeira, determinam que o mau comportamento no decorrer de um julgamento pode ser punido sumariamente pelo juiz de primeira instância. Para preservar a ordem do tribunal para a condução adequada dos negócios, o tribunal deve agir imediatamente para suprimir perturbações ou violência ou obstrução física ou desrespeito ao tribunal quando ocorrer em audiência pública. Não há necessidade de provas ou assistência de advogado antes da punição, porque o tribunal viu o delito.

Existem também, as limitações do devido processo sobre o parágrafo único do art. 161 e o parágrafo único do art. 918, ambos do CPC/2015⁴³, onde apresentam atos que podem ser qualificados como atentatórios à dignidade da justiça, como o prejuízo causado pelo depositário infiel também pode ser considerado ato atentatório à autoridade do Judiciário, sem, contudo apresentar a sanção passível de ser imputada. O parágrafo único do art. 918⁴⁴, apresenta conduta apontada como ato atentatório a dignidade da justiça a apresentação de embargos à execução manifestamente protelatórios.

Em evidência, os parágrafos únicos dos artigos 161 e 918, ambos do CPC/2015⁴⁵, não apresentam sanções para àqueles que praticarem as condutas elencadas. Portanto, a sanção é a mesma taxativamente descrita na parte final do §2º do art. 77 também do CPC/2015⁴⁶, multa de até vinte por cento do valor da causa. No caso do art. 918, III e parágrafo único, a conduta comissiva e independente afastaria aplicação do art 77, IV e VI, do CPC/2015⁴⁷, no entanto o art. 772 e o art. 774 possuem aplicação subsidiária em todo o processo executivo, inclusive no art. 918.

Os limites na sanção do Código de Processo Civil Brasileiro, tendo ampliado as sanções e os atos tidos como atentatórios à dignidade da justiça, delimita que as penalidades como condutas são enumeradas em rol taxativo, em *numerus clausus*, contida dispositivo específico ou em regra geral aplicada subsidiariamente.

⁴³ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

⁴⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

⁴⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

⁴⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

⁴⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.



CONCLUSÃO

O *Contempt Power* é importante instrumento para resguardar a independência da função do poder judiciário. A prática de ato atentatório à dignidade da justiça, resulta em desacato das ordens dos tribunais, efetivamente interrompendo o devido processo legal, quando as partes ou terceiros desrespeitam os deveres inerentes ao processo, seja descumprindo decisões jurisdicionais; ao criar embaraços à efetivação de decisões judiciais; ou praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

A expressão *Contempt of Court* designa basicamente a recusa em obedecer voluntariamente a uma ordem emanada por um juízo ou tribunal, tendo como consequência desta desobediência, a imputação ao destinatário da ordem uma sanção pecuniária ou restritiva de direitos. A desobediência ao cumprimento de atos judiciais, engloba tanto as omissões, como atos que ignorem, desrespeitem ou dificultem o cumprimento ou a viabilidade da determinação da Corte.

A análise do instituto do *Contempt of Court* no Direito Brasileiro, observando que a alteração legislativa trazida pelo CPC de 2015, modificou o Art.14 do Código de Processo Civil 73, introduziu o art. 77, sobre atos atentatórios à dignidade, busca dar efetividade às decisões judiciais, em que não apenas pretendia punir condutas que deixem de cumprir ou embarassem o cumprimento da justiça, mas considera a previsão moral, através de condutas éticas dos indivíduos no processo.

O poder de punir por desacato é inerente a todos os tribunais; a sua existência é essencial à preservação da ordem nos processos judiciais e à execução das sentenças, ordens e mandados dos tribunais e, conseqüentemente, à devida administração da justiça. A atuação do juiz configura preservar a ordem do Tribunal, com a função de conduzir adequadamente a instrução do processo e agir imediatamente para suprimir o desrespeito ao tribunal. Às partes cabem observar o princípio da lealdade processual, considerando a vedação de declarações ambíguas e a boa-fé processual.

O pressuposto para responsabilização é uma determinação prévia ocorrida em processo judicial, podendo ser uma ordem positivo para fazer algo – *mandatory injunction*, ou uma ordem que determine que se abstenha de se fazer algo – *prohibitory injunction*. Os atos entendidos como *contempt of court* não são previstos apenas em lei, expandindo a aplicabilidade das medidas repressivas a casos que embarassem o devido processo legal, cabendo aos casos da tentativa de

agressão ao julgador, ameaçar testemunhas, alterar documentos, chegar atrasado a uma audiência e outras hipóteses.

No sistema da *Common Law* há o civil *contempt* ou o *criminal contempt*. As medidas aplicáveis são basicamente as mesmas: prisão, multa, limitação de direitos processuais e sequestros de bens. O sistema civil *contempt* impõe medidas que levem a parte ao cumprimento da decisão, enquanto o sistema da *criminal contempt* é punitivo, agindo sobre atos pretéritos.

Após a prática de um ato atentatório da dignidade da justiça, o juiz advertirá as partes, e, persistindo, deve aplicar punição aos responsáveis com: Multa de até vinte por cento – 20% do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta; Se o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 – dez vezes o valor do salário–mínimo. Ao qual poderá ser cumulada com a determinação o restabelecimento do estado anterior; e impossibilitar a manifestação da parte nos autos até purgação do atentado.

O rol taxativo tanto das condutas como as sanções a atos atentatórios à dignidade da justiça estão presentes explicitamente nos art. 77, IV, VI e seus parágrafos, art. 334, §8º, art. 772, II, art. 774 e parágrafo único, art. 777 e art. 903, §6º todos do Código de Processo Civil atual, contudo, o mesmo não se percebe nos parágrafos únicos dos art. 161 e art. 918, ambos do CPC, cujas sanções encontram–se implícitas à sistemática processual em *numerus clausus*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil* de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071impressao.htm>. Acesso em: 25 out. 2023.

_____. *Código de Processo Civil* de 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 25 out. 2023.

_____. *Código de Processo Civil* de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 out. 2023.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2023.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2023.

_____. *Lei n. 5.021*, de 9 de junho de 1966. Disponível em:



https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15021.htm. Acesso em: 25 out. 2023.

_____. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 25 out. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CONTEMPT .In: CAMBRIDGE DICTIONARY. Londres: Cambridge University Press & Assessment, 2023. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/contempt> Acesso em 07 abr. 2023.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Org.). *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34–35.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Procesal civil*. 3 ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. p. 461. Disponível em: <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf> Acesso em 25 out. 2023.

CRIMINAL Contempt of Court. FindLaw, 2023. Disponível em: <https://www.findlaw.com/criminal/criminal-charges/criminal-contempt-of-court.html> Acesso em 25 out. 2023.

DIDIER Jr. Fredie. *Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 128–130. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/Caderno%20de%20Normas%20ABNT-EMERJ%20-%20JULHO%202022.pdf> Acesso em 25 out. 2023.

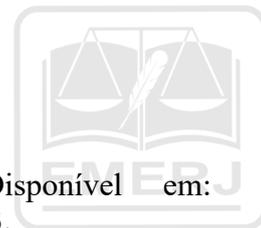
DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6 ed. rev., e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 60.

GOLDFARB, Ronald. *The History of the Contempt Power*. 1961. 29 fls. Artigo para Washington University. p. 12. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol1961/iss1/6 Acesso em 07 abr. 2023.

JUSTIA U.S. Law. *The Contempt Power*. Disponível em: <https://law.justia.com/constitution/us/article-3/11-the-contempt-power.html>. Acesso em 14 set. 2023

JUSTIA U.S. Supreme Court. *Ex Parte Grossman*, 267 U.S. 87 (1925). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/267/87/> . Acesso em: 25 out. 2023.

_____. *Ex Parte Robinson*, 86 U.S. 505 - 1873. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/86/505/>. Acesso em: 25 out. 2023.



_____. *Shillitani v. United States*, 384 U.S. 364 (1966). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/364/>> . Acesso em: 25 out. 2023.

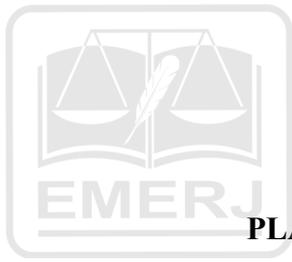
_____. *Michaelson v. United States*, 266 U.S. 42 (1924).. Disponível em:<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/266/42/>>. Acesso em: 25 out. 2023.

_____. *Mine Workers v. Bagwell*, 512 U.S. 821 (1994). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/821/>> . Acesso em: 25 out. 2023.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7543471/mod_resource/content/0/Monitoria%2003%20-%20Pontes%20de%20Miranda%20-%20Obrigat%C3%B3rio.pdf> . Acesso em 07 abr. 2023, p.143.

POTTS, C.S. *Power of Legislative Bodies to Punish for Contempt*. University of Pennsylvania Law review. Disponível em:<https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8110&context=penn_law_review>Acesso em 07 abr. 2023. p. 704.

REZENDE, Renato Horta. *Atos Atentatórios à Dignidade da Justiça e a Sanção Numerusclausus: interpretação sistemática do atual código de processo civil*. Prisma Jur, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 341–370, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/mayarafa,+prismav16n2_3e7306-1.pdf> Acesso em: 25 out. 2023.



PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: A CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO E OS LIMITES PARA PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA.

Raquel de Almeida Alencar

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Advogada.

Resumo - Perante a complexa configuração das famílias atuais, a preocupação sucessória ganhou cada vez mais espaço na sociedade. Como solução para tais questões, o denominado planejamento sucessório vem sendo vendido como uma rápida alternativa, que promete mitigar possíveis desavenças por disputas de bens entre os familiares, além de reduzir custos que incidem sobre a herança e desafogar a esfera judicial nos dos processos de inventário e partilha. Ocorre que na prática traz ainda mais questões para resolução pelos os tribunais, uma vez que tanto a doutrina civilista quanto a própria legislação não conseguem acompanhar as variadas formas de manifestação da autonomia da vontade. Sendo assim, problemas como o desvio de finalidade, a excessiva vedação e a total inexistência de disciplina legal em relação a alguns meio de planejamento colocam este instituto no centro do debate que envolve não somente o direito sucessório, mas os próprios limites da contratualização privada.

Palavras-chave – Direito de Sucessões. Planejamento Sucessório. Herança. Autonomia da Vontade.

Sumário – Introdução. 1. A Previdência privada e o problema da burla à legítima. 2. A (in) possibilidade da renúncia à herança pela análise do art. 426 do CC/02. 3. O uso do testamento como regularização da herança digital perante a ausência legislativa. Conclusão. Referências.

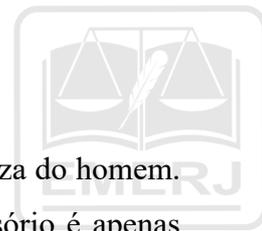
INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca discutir a problemática da regulamentação dos instrumentos de planejamento sucessório como uma consequência da contratualização dos direitos das sucessões. O desdobramento desse fenômeno resulta em três situações extremas na vida prática e que demandam análise: A excessiva rigidez normativa, sua ineficiência e completa ausência perante as demandas sociais.

Para tanto, aborda-se o posicionamento da doutrina e da jurisprudência no enfrentamento do tema, de modo a refletir sobre os limites do planejamento sucessório e da autonomia da vontade sob a ótica da proteção da herança.

A família e a propriedade são pilares da sociedade brasileira e estão intimamente ligadas. É nesse cenário que o planejamento sucessório assume sua importância, visto que optar por organizar os bens para o futuro é uma forma de reduzir conflitos, fortalecer vínculos e preservar os interesses familiares.

Ocorre que há uma barreira cultural quando o assunto é planejamento sucessório em vida. As discussões sobre a herança são comumente associadas ao adiantamento da morte, sendo



uma espécie de tabu, mau agouro e até azar, mesmo que a morte seja a única certeza do homem. Outra ideia equivocada, mas amplamente difundida é que o planejamento sucessório é apenas para quem tem vultoso patrimônio. Assim, por conta de tais pensamentos é que a preocupação de organizar a vida patrimonial não alcançou o imaginário da maioria da população por um longo tempo.

O mercado de serviços de planejamento patrimonial é recente e promete formas menos burocráticas e custosas de proteção patrimonial, a fim de evitar longos processos de inventário e partilha. Acontece que muitas pessoas optam sem compreender os limites legais e até mesmo usam os mecanismos disponíveis com má-fé, ocasionando mais conflitos para o Judiciário.

Toda a situação é agravada pela atual situação legislativa. As leis se mostram insuficientes, com interpretações arcaicas e até mesmo inexistentes, como no caso da herança digital. Por isso é imperioso revisar os institutos sucessórios e adaptá-los as demandas atuais, inclusive no que tange as interpretações jurídicas advinda dos princípios por trás das normas.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho debatendo se é possível reconhecer a natureza jurídica de investimento as para as modalidades de previdência privada (VGBL e o PGBL) e estender as regras da estipulação de bens no testamento para fins de evitar a fraude a legítima. O intuito é comprovar que a previdência privada, como ferramenta de planejamento sucessório, deve ser considerada uma aplicação financeira ao invés de seguro de vida, sendo inclusa no inventário como forma de evitar o desvirtuamento do instrumento para burla da legítima, além de incidir a cobrança de ITCMD.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, se possível ter como objeto de pacto antinupcial a renúncia da herança, por meio de uma análise sistêmica do código civil e consequente interpretação do art. 426 do Código Civil de 2002 como regra genérica. Conclui-se que a opção do legislador em não vedar expressamente tal renúncia conforme existência de outros casos ao longo do código civil implica em uma permissão legislativa.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação do uso do testamento como mecanismo de regulamentação da herança digital perante a ausência legislativa, a depender do tipo de bem regulado. O que se procura defender é que para os bens digitais de caráter patrimonial há a possibilidade de ser sucedido por testamento e por legítima, através do processo de inventário e partilha, contudo os bens digitais não patrimoniais, cujo valor é meramente afetivo, somente poderá ser herdado se houver previsão expressa no testamento, sob pena de violar direitos da personalidade.

A pesquisa é desenvolvida pelo método explicativo, uma vez que pretende demonstrar como a doutrina se posiciona acerca do tema, bem como as resoluções práticas apresentadas pela jurisprudência para no final se filiar a uma corrente de pensamento.

No mais, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, já que se pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, como legislação, doutrina e jurisprudência, para sustentar a sua tese.

1. A PREVIDÊNCIA PRIVADA E O PROBLEMA DA BURLA À LEGÍTIMA

Uma das relações mais antigas existentes na humanidade envolve a pessoa e seus bens. Nascida como uma mera posse para meio de subsistência, a dinâmica entre ambos evoluiu conforme a organização social tornava-se mais complexa.

A expressão mais marcante está no fato de que o direito à propriedade é um direito fundamental descrito no artigo 5º, inciso XXII da CRFB/88¹, o que traduz uma preocupação com a proteção do ter.

Essa proteção não se restringe apenas ao presente e a pessoa como um indivíduo, mas estende-se aos seus descendentes na forma da proteção a herança, que também possui status de direito fundamental por meio do inciso XXX do artigo 5º da CRFB/88². Não podia ser diferente, visto que a divisão de bens tem tudo haver com a manutenção da harmonia familiar e é nesse momento que o planejamento sucessório reflete sua importância.

Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce³ o planejamento sucessório pode ser definido como uma série de atos jurídicos com o intuito de organizar a divisão do patrimônio de alguém, com fins de evitar conflitos entre as pessoas que possuem uma relação jurídica sucessória entre si.

Para que ocorra essa organização conforme a vontade do titular do patrimônio, o direito disponibiliza diversos instrumentos, sendo o mais conhecido o testamento. Ocorre que uma nova prática de planejamento vem crescendo no mercado ao longo dos últimos anos, que consiste em utilizar as modalidades de previdência privada para a divisão de bens.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30.mar.2023.

² *Ibid.*

³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 21, n. 03, p. 88, jul/set. 2019.



A previdência privada está regulamentada no artigo 202 da CRFB/88⁴ e possui caráter facultativo, sendo autônoma em relação ao Regime Geral de Previdência Social. Sua disciplina infraconstitucional é feita pela Lei Complementar n. 109 de 2001⁵, em atendimento ao comando constitucional. O objetivo principal da criação de uma previdência privada é voltado à acumulação de capital que, com o tempo, gerará rendimentos para serem aproveitados no futuro.

O artigo 4º da Lei Complementar n. 109/01⁶ descreve as modalidades de previdência complementar em abertas e fechadas, sendo o foco da presente análise apenas os planos de previdência complementar abertos, que são contratados por qualquer pessoa e que não apresentam um vínculo com a figura do empregador.

Os planos de previdência complementar abertos mais famosos são o Vida Gerador de Benefícios Livres (VGBL) e o Plano Gerador de Benefícios Livres (PGBL). Conforme o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP)⁷ o VGBL é classificado como um seguro de pessoa e o PGBL como um plano de previdência privada aberta e ambos são regulamentados e fiscalizados pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP)⁸.

Legalmente ambos possuem natureza securitária, tanto por serem fiscalizados pela SUSEP quanto pelo fato de que o artigo 73 da Lei Complementar n. 109/01⁹ possibilita a regularização das entidades abertas pela legislação aplicável às sociedades seguradoras.

Ao definir a natureza jurídica dos planos VGBL e PGBL como securitária, é naturalmente aplicado o disposto no art. 794/CC02¹⁰ que determina que, no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do

⁴ BRASIL, *op.cit.*, nota 01.

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

⁵ BRASIL. *Lei Complementar n.109*, de 29 de maio de 2001: Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm> Acesso em 05. Abr. 2023.

⁶ *Ibid.*

⁷ O Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP é órgão responsável por fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados. É composto por representantes do Ministério da Fazenda (Presidente), do Ministério da Justiça, do Ministério da Previdência e Assistência Social, da Superintendência de Seguros Privados, do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: < <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/politica-microeconomica/conselho-nacional-seguros-privados>>. Acesso em: 01.Abr.2023.

⁸ A SUSEP é uma Autarquia vinculada ao Ministério da Economia, criada pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro. Disponível em: <<https://www.gov.br/susep/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/sobre-a-susep>> Acesso em: 01.Abr.2023.

⁹ BRASIL, *op.cit.*, nota 05.

¹⁰ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 01.Abr.2023.



segurado nem se considera herança para todos os efeitos de direito, tendo como reflexo tributário a não incidência de imposto de transmissão causa mortis e doação (ITCMD).

Em que pese o intuito da criação dos planos de previdência privada ser o de assegurar uma renda futura para aqueles que não serão mais trabalhadores ativos, na prática o seu uso vem sendo deturpado, seja por meio da designação de terceiros como beneficiários, seja por meio da distribuição desigual dos quinhões hereditários, o que configura uma verdadeira fraude à legítima.

Em outras palavras, caso alguém coloque todo o seu patrimônio na aplicação, este não será contabilizado como parte da herança, pois as reservas constituídas nos planos VGBL e PGBL não são transmissíveis, por sucessão *mortis causa*, aos herdeiros legítimos ou testamentários do falecido, quando há beneficiários indicados expressamente.

Quando o STJ se deparou com essa questão, na ocasião do julgamento dos Resp 1726577/SP¹¹ e Resp 1695687/SP¹², em que se discutiam se o plano PGBL entrava na partilha de bens com o fim da comunhão conjugal, foi estabelecida uma espécie de marco temporal para caracterizar a natureza jurídica.

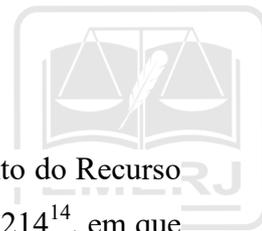
Segundo o entendimento da Ministra Nancy Andriahi, relatora do Resp 1726577/SP e voto vencedor no Resp. 1695687/SP determinou-se que, em relação ao período durante as contribuições e a formação do patrimônio, o que engloba a possibilidade de depósito de valores e resgate, o contrato da previdência privada é de investimento. Somente com a conversão em renda e pensionamento ao titular é que o aludido contrato passa a ter a natureza securitária, visto que nesse segundo momento a liberdade do investidor era perdida.

Entretanto, no julgamento do Resp. 1961488/RS¹³, de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, a decisão foi no sentido de que não se deve cobrar ITCMD uma vez que os valores a serem recebidos pelo beneficiário, em decorrência da morte do segurado contratante de plano VGBL, não se consideram herança e sim como resultado de um seguro de vida nos moldes da classificação da agência reguladora do setor econômico.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1726577/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800435228&dt_publicacao=01/10/2021>. Acesso em 03.Abr.2023.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp1695687/SP*. Relator: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Relatora para acórdão: Ministra Nancy Andriahi. Disponível em < <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2022/04/RESP-1695687-2022-04-19.pdf>> Acesso em: 03. Abr.2023

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1961488/RS*. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Disponível em:<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2104217&num_registro=202100004368&data=20211117&peticao_numero=-1&formato=PDF> Acesso em: 03. Abr. 2023.



O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, possui pendente do julgamento do Recurso Extraordinário 1363013/RJ, afetado como o Tema de Repercussão Geral número 1214¹⁴, em que se discute se o contexto do qual resulta a percepção de valores e direitos relativos ao PGBL e VGBL pelos beneficiários, em razão do evento morte do titular desses planos, consiste em verdadeira “transmissão causa mortis” para fins de incidência do ITCMD.

Sucedese que o próprio funcionamento dos planos de VGBL e PGBL leva a um questionamento quanto ao seu enquadramento como seguro. Em todo caso, o titular deposita verbas com o valor a sua escolha que serão convertidos em pensão ou parcelas, podendo ele próprio ser o beneficiário ou um terceiro por meio de indicação. Ademais, pode resgatar o montante investido a qualquer momento, o que se assemelha muito com um *modus operandi* de um investimento financeiro.

O investimento financeiro nada mais é do que uma operação de compra e venda de ativos, que permite a acumulação de valores com o intuito de criar uma renda futura, mas com possibilidade de resgate a qualquer momento. É a mesma estrutura que a previdência complementar apresenta.

Sendo assim, a ideia da natureza bipartida apresentada pela Ministra Nancy Andrighi parece ser mais efetiva para combater os abusos ocorridos no direito sucessório, por não ser completamente antagônico ao entendimento da Lei Complementar n. 109/01 e das normas técnicas da SUSEP. Todavia, faz-se necessário aguardar o posicionamento do STF quanto à questão tributária para verificar se tal entendimento ganha escopo na jurisprudência.

Por fim, enquanto não há uma decisão pacificada, resta a interpretação do contrato sob a ótica da boa-fé e a aplicação do artigo 187 CC/02¹⁵, caso se configure um abuso de direito, bem como o disposto no artigo 2007 CC/02¹⁶.

Está e a posição defendida por Mairan Gonçalves Maia Junior¹⁷:

Caracterizada a má-fé ou o abuso de direito na utilização da previdência privada como meio de burlar a legítima dos herdeiros necessários, os referidos valores devem ser

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE.1363013 RG/RJ*. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6318604&numeroProcesso=1363013&classeProcesso=RE&numeroTema=1214>>. Acesso em: 06.Abr.2023.

¹⁵ BRASIL, *op.cit.*, nota 10. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁶ *Ibid.* Art. 2.007. São sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade.

¹⁷ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A previdência privada como instrumento de planejamento sucessório. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 25, n. 14, p. 12. jan. 2020.



incorporados à herança e partilhados entre os herdeiros legítimos, testamentários e legatários, de acordo com as regras da sucessão legítima, ou com as fixadas no testamento, respectivamente. Assim, ultrapassado o montante da parte disponível, deve-se proceder à redução por inoficiosidade, de acordo com o previsto no art. 2.007 CC02, ou seja, as disposições previstas no título de previdência privada hão de ser diminuídas, de modo a observar o percentual de 50% da parte disponível, à semelhança do que ocorreria se tivessem sido veiculadas por meio de testamento.

Ademais, o contrato de previdência complementar também está sujeito à incidência do Art. 1.802 cc/02¹⁸, que determina como sendo nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso. Outra ferramenta legal contra o mau uso para burla da legítima.

Assim, deve o Judiciário valer-se dos mecanismos legais para inibir o desvio de uso do instituto, afim de não anular sua utilidade para fins de planejamento sucessório, uma vez que é importante estimular o hábito de organização financeira na sociedade.

2. A (IM) POSSIBILIDADE DA RENÚNCIA À HERANÇA PELA ANÁLISE DO ART. 426 DO CC/02

O Direito é uma resposta normativa aos anseios sociais para atingir uma vida pacífica. É moldado segundo os valores e as necessidades da sociedade a que pretende disciplinar e por isso uma norma não pode ser interpretada despreendida do contexto temporal de sua criação.

O direito brasileiro atual possui uma forte essência contratual e cada vez mais tende a prestigiar a autonomia da vontade para seu exercício. Nessa linha há, no direito sucessório, a existência dos pactos sucessórios, cujo objeto, de forma geral, é a sucessão de um ou de ambas as partes envolvidas.

Os pactos sucessórios são divididos em três espécies: O pacto aquisitivo ou designativo, na qual o autor da herança institui herdeiro ou legatário através de contrato, o pacto renunciativo, no qual o próprio herdeiro renuncia a herança que lhe caberia e o pacto dispositivo, que permite estabelecer a sucessão ainda não aberta por meio dos atos bilaterais *inter vivos*, como o instituto da cessão de direitos hereditários. Neste último grupo encontra-se a situação de repúdio da herança por via do pacto antenupcial.

O pacto antenupcial se tornou cada vez mais popular por ser um contrato que visa permitir aos nubentes planejar, de forma personalizada, as relações patrimoniais que serão

¹⁸BRASIL,*op.cit.*, nota 10.



aplicáveis ao casamento, sendo por excelência uma expressão da autonomia privada no âmbito familiar.

Embora haja essa repartição doutrinária, a vedação legislativa descrita do artigo 426 do Código Civil de 2002 engloba qualquer espécie de pacto sucessório e cria um dogma acerca da proibição de “contratar herança de pessoa viva”. Conforme as lições de Sílvio Venosa¹⁹, os negócios jurídicos que tem por objeto a herança de pessoa viva recebem a alcunha de *pacta corvina*, uma expressão em latim que remonta ao Direito Romano e significa “acordo do corvo”. Uma alusão aos hábitos alimentares da ave, que fica aguardando a morte de suas vítimas para se aproveitar de seus restos mortais.

O Código Civil de 2002 reproduziu os exatos termos do artigo 1089 do Código Civil de 1916²⁰, cuja base principiológica remonta a Roma Antiga, uma vez que, para os romanos, permitir que haja pactos sucessórios entre herdeiros ou estes e terceiros colocaria em risco a vida do autor da herança. Haveria uma espécie de estímulo para os beneficiários do contrato atentarem contra a vida do proprietário dos bens e assim fazer valer os efeitos do pacto.

Ou seja, se traduziria em uma conduta desonesta e contrária aos bons costumes, e, conseqüentemente, o equilíbrio e paz social que o Direito busca proteger, sendo plenamente justificável a proibição da conduta.

A verdade é que esse monitoramento legal visaria preservar as estruturas familiares ao impedir que determinados direitos sejam destruídos por uma negociação privada sem limites. É daí que se sustenta a grande intervenção estatal nos arranjos econômicos.

Outro argumento para vedação, de natureza mais técnica, está na impossibilidade da contratação de objeto inexistente, uma vez que, conforme o 1784 do CC/02²¹, somente com a morte é que ocorre a abertura da sucessão e a herança é transmitida aos herdeiros, ou seja, antes desse evento, trata-se a herança de mera expectativa de direito. Todavia, tais argumentos não se sustentam.

Para Rolf Heleno²², não há nada de odioso ou imoral em permitir que haja uma renúncia a herança aberta por meio de um pacto antenupcial:

¹⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: sucessões*. 18. ed. São Paulo. Atlas, 2017.p.60.

²⁰BRASIL. *Código Civil*, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 02.jul.2023.

²¹BRASIL, *op.cit.*, nota 10.

²²MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/284.pdf>> Acesso em 03 de jul. 2023.

Estender o regime da separação de bens para adiante da meação e admitir a renúncia contratual da herança conjugal em pacto antenupcial nada apresenta de odioso e imoral, como não é igualmente odioso e imoral renunciar à meação. O ato de renúncia pactícia da herança futura tampouco instiga a atentar contra a vida do cônjuge e muito menos estimula a cobiça em haver os bens do consorte. Também não restringe a liberdade de testar, mas pelo contrário, amplia esta liberdade ao permitir afastar um herdeiro forçoso do planejamento sucessório que o consorte se avigora em excluir por outras vias legais.

O autor faz fortes críticas a essa visão exageradamente protecionista para com os partícipes da relação conjugal, visto que a leitura extremamente rígida do artigo 426 do CC/02²³ para qualquer pacto sucessório demonstra ignorar a própria capacidade e autonomia de decisão das partes, expressamente prestigiada pelo resto do diploma legal:

Negócios jurídicos familiares realizados entre cônjuges e conviventes têm sido largamente admitidos quando contêm disposições de ordem patrimonial, dentro da perspectiva de contratualização do Direito de Família entre pessoas adultas, com inquestionável capacidade e autonomia de decisão, não importando sua prática em uma suposta mercantilização dos vínculos conjugais, como tampouco que ela siga sendo proibida porque a sua admissão significa algo ruim para os casais, sendo em realidade, demasiado que, nesta seara familista e sucessória ainda possa prevalecer a exagerada proteção dos cônjuges e conviventes que terminam sendo comparados aos consumidores que enfrentam empresários²⁴.

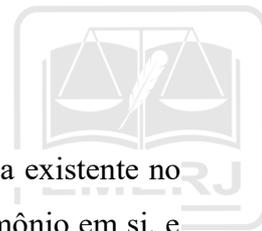
Ana Carolina Brochado Teixeira e Simone Tassinari Fleschmann²⁵ também pensam no mesmo sentido, propondo uma reforma legislativa acerca do tema para acompanhar as mudanças e necessidades sociais:

É necessário um repensar sobre essas barreiras à autonomia e, por consequência, ao planejamento sucessório na sociedade contemporânea, a fim de avaliar se elas continuam adequadas ao momento atual, ou se é necessário reforma legislativa para atender às novas demandas sociais. Não obstante abalizadas vezes se manifestando pela validade de tais cláusulas, entende-se pela necessidade – pois de todo cabível e coerente com o momento atual – de reforma legislativa, haja vista que a ideia de solidariedade familiar foi remodelada, como se pode perceber pelos fundamentos e dados estatísticos trazidos à baila. O fato é que a proibição ainda tem raízes morais e preocupações que remontam ao tempo medieval, o que não condiz com as necessidades da sociedade brasileira atual em termos sucessórios.

²³ BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

²⁴MADALENO, Rolf. *Renúncia da herança no pacto antenupcial*. Disponível em: <https://infographya.com/files/RENUNCIA_DE_HERANCA_NO_PACTO_ANTENUPCIAL.pdf> Acesso em: 01 ago. 2023.

²⁵TASSINARI, Simone; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Futuros possíveis para o planejamento sucessório. *Revista Brasileira De Direito Civil*, v.21, n.03, p. 101-121, dez.2021. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/772>> Acesso em: 01 jul. 2023.



No que se refere ao objeto inexistente, Daniel Bucar²⁶ explica que renúncia existente no pacto antinupcial não envolve a contratação ou acordo de nenhuma parte do patrimônio em si, e sim à condição subjetiva de herdeiro. Trata-se, na verdade, de ato unilateral de vontade e por isso não possui uma natureza contratual que o art. 426 do CC/02²⁷ tenta vedar, visto que contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

Quanto a uma análise sistêmica do próprio código, verifica-se que o legislador, quando se propôs a regulamentar o instituto da renúncia, o fez de forma clara e literal, como nos casos da renúncia antecipada nos contratos de adesão (art. 424 CC/02²⁸) e ao direito de revogar a doação quando dos casos de ingratidão (art. 556 CC/02²⁹). Notadamente há uma determinação expressa da lei sobre tais renúncias, o que não ocorre quanto à renúncia antecipada à herança, quando objeto dos pactos sucessórios.

Por fim, as preocupações que sustentam aqueles que defendem a proibição da renúncia da herança no âmbito do pacto antenupcial têm raízes arcaicas e remontam a cenas sangrentas de mortes pela cobiça. Ainda há a visão da família como uma instituição patrimonial e hierarquizada que o antigo Código Civil de 1916 trazia, contudo, o atual Código Civil de 2002, juntamente com a Constituição Federal de 1988, apresentam uma nova interpretação do que é a família que deve sustentar a aplicação da legislação sucessória.

Atualmente a família e as relações que dela integram possuem uma organização horizontal entre seus membros, são guiadas por relações de afinidade e vão muito além de um interesse patrimonial. É o grupo que exerce uma função instrumental de rede primária de apoio para o indivíduo frente às dinâmicas da sociedade e essa premissa baseia a interpretação favorável à possibilidade da renúncia da herança no pacto antenupcial.

3. O USO DO TESTAMENTO COMO REGULARIZAÇÃO DA HERANÇA DIGITAL PERANTE A AUSÊNCIA LEGISLATIVA

Os meios digitais estão cada vez mais integrados na vida humana e o ordenamento jurídico brasileiro não pode mais ignorar as influências advindas dessa relação intrínseca.

²⁶BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 280 – 281.

²⁷BRASIL, *op. cit.*, nota 10.

²⁸*Ibid.*

²⁹*Ibid.*



De fato, houve tentativas legislativas para suprimir as lacunas existentes acerca do tema, como o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)³⁰ e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/18)³¹, todavia os esforços ainda são muito recentes e considerados atrasados perante a demanda social.

No campo do direito sucessório, é imprescindível voltar o olhar para a preocupação com os mecanismos de regulamentação da herança digital, visto que não apenas os dados pessoais estão interligados no meio digital, mas muito do patrimônio da pessoa passou a ser inserido no ambiente virtual.

A herança digital pode ser definida como um conjunto de bens que são armazenados no ambiente virtual cujos valores podem ser dentro da própria internet ou fora delas. Os bens digitais que a compõe podem possuir caráter patrimonial, por carregarem consigo um valor financeiro auferível, como E-books, licenças de softwares e aplicativos, NFTs e outras criptomoedas ou caráter emocional, que ficam disponíveis no universo digital mesmo com morte do autor, como páginas de blogs, perfis em rede sociais e coleção de fotos.

Marco Aurélio de Farias Costa Filho³² chama atenção que, mesmo que não considere os bens de valor exclusivamente afetivo como integrantes da partilha, não se pode ignorar o direito de acesso dos herdeiros ao conteúdo existente, que também deve ser disciplinado e que atualmente encontra vários conflitos:

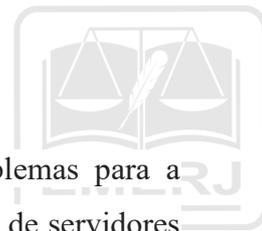
Mesmo que se adote uma posição menos abrangente de que arquivos sem valor econômico, como fotos e vídeos de valor exclusivamente afetivo, não fazem parte do patrimônio e, portanto, são excluídos da partilha, não haveria óbice legal ao acesso pelos herdeiros a esse conteúdo em casos que assim seja determinado pelo de cujus em disposição de última vontade ou através de ordem judicial, entre outros.

Ocorre que perante a completa ausência de disposição específica acerca do tema, a herança digital e sua transmissão vêm sendo disciplinada por meio de uma interpretação extensiva e sistemática das regras sucessórias. Os princípios e instrumentos hermenêuticos do atual código civil permitem, ainda que transitoriamente, o tratamento da matéria de forma a não deixar a sociedade desprotegida frente a essa realidade.

³⁰ BRASIL. *Marco Civil da Internet*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 25.jun.2023.

³¹ BRASI. *Lei Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 25.jun.2023.

³² COSTA FILHO. Marco Aurélio de Faria. Herança Digital: Valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n.9, p. 157-186, fev.2016. Disponível em <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>>. Acesso em: 25.jun.2023.



Todavia, a ausência legislativa não deixou de ser uma fonte de problemas para a regulamentação, uma vez que grande parte dos bens digitais é adquirida por meio de servidores virtuais de armazenamento, com políticas e termos de uso próprio, ocasionando, na prática, tratamentos completamente desiguais e uma insegurança jurídica para os herdeiros. A maioria dos termos de serviços não gera direito de transmissão e estabelece a perda do conteúdo em homenagem à privacidade do usuário. Serviços como o iCloud traz expressamente como cláusula de seu termo de serviço a não existência do direito de sucessão, inclusive informa que o conteúdo será apagado³³.

D. Não existência de direito de sucessão

Exceto conforme permitido de acordo com o Legado Digital e a menos que exigido por lei, você concorda que a sua Conta não é transferível e que todos os direitos ao seu ID Apple ou conteúdo da sua Conta terminam com a sua morte. Após o recebimento de cópia de uma certidão de óbito, a sua Conta poderá ser encerrada, e todo o conteúdo dentro dela será apagado.

Já o Google oferece o serviço de gerenciador de contas inativas que traz a opção de enviar uma solicitação a respeito da conta de um usuário falecido

Já o Google oferece o serviço de gerenciador de contas inativas que traz a opção de enviar uma solicitação a respeito da conta de um usuário falecido³⁴

É perceptível que a regulamentação de tal instituto, na prática, vem sendo feita de forma desigual pelas próprias plataformas que ofertam serviços digitais, a exemplo do Facebook, e redes semelhantes, que oferecem a opção aos seus usuários de incluírem contatos herdeiros para que, após sua morte, transformem sua rede social em memorial ou a apaguem de forma permanente.

Ocorre, porém, que tal regulamentação não deveria ser feita de forma discricionária pelas plataformas ou outros serviços que armazenem dados de natureza pessoal, mas deveria o legislador estabelecer meios adequados e legais para que se realize a desativação dessas redes ou, a desejo do de cujus e seus herdeiros, de garantir que a partilha que envolva redes sociais, nas quais se encontram informações e registros da vida pessoal do de cujus, seja feita de modo a garantir efetiva proteção aos direitos de personalidade deste.

³³APPLE. Site do termo de serviço da Apple. Disponível em: <<https://www.apple.com/br/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>>. Acesso em: 30. Jun.2023

³⁴GOOGLE. Site de suporte da Google. Disponível em <<https://support.google.com/accounts/troubleshooter/6357590?hl=pt-BR>>. Acesso em: 30.jun.2023.

A Lei n. 12695/14³⁵ evidencia a privacidade dos dados armazenados e fortalece a ideia de que os herdeiros não poderiam ter acesso ao acervo digital deixado sem que exista uma manifestação de vontade do de cujus que permita, por meio de um testamento:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

(...)

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei e na que dispõe sobre a proteção de dados pessoais;

É cediço concluir que o intuito da norma é privilegiar a inviolabilidade e sigilo das informações em prejuízo do direito dos herdeiros, com base na inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5, X CF³⁶).

Atualmente tramitam o PL n. 3050/20³⁷, de autoria do deputado Gilberto Abramo e seus apensados, cujo objetivo é alterar o artigo 1788 do CC/02³⁸ e incluir o direito de herança digital. O texto proposto é a inclusão de um parágrafo único que diz expressamente que “Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de qualidade patrimonial contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”.

A proposta apresentada, em que pese ser um grande passo para a regularização, apresenta um texto bem abrangente. Pensando nisso, os projetos de lei posteriores e apensados apresentam modificações tanto para o próprio Código civil quanto para a Lei de Proteção de Dados no que tange ao direito de transmissão do acervo digital precisar de manifestação de vontade do de cujus por meio do testamento.

De fato, o testamento como manifestação de última vontade na qual a pessoa estabelece o que deve ser feito com o seu patrimônio após sua morte se prova um perfeito mecanismo existente para equilibrar o direito a privacidade e autonomia da vontade do de cujus e o direito

³⁵ BRASIL. *op. cit.* nota 30.

³⁶ BRASIL, *op. cit.* nota 01.

³⁷ BRASIL. *Projeto Legislativo n. 3050*, de 2020. Visa alterar o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2254247>> Acesso em: 01.set.2023.

³⁸BRASIL, *op. cit.* nota 10.



dos herdeiros. Nesse sentido, também pensam Samara Oliveira Fonseca e Isa Omena Machado de Freitas³⁹:

Assim sendo, enquanto não se vislumbra regulamentação por instrumento específico da herança digital, o testamento se mostra como o mais eficaz para suprir a necessidade social que a herança das redes sociais demanda, já que não se fala apenas de um objeto passível de sucessão, mas um conjunto de bens jurídicos atrelados a nome, imagem e à própria personalidade do *de cuius*.

Sendo assim, enquanto não houver legislação específica para tratar o tema, os conflitos envolvendo herança digital pode – e devem – ser resolvidos por meio de testamento, que se mostra apto e o meio mais seguro como um dos instrumentos relevantes de planejamento sucessório à disposição da população brasileira no que versa sobre bens digitais de qualquer natureza.

CONCLUSÃO.

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar a importância de se conhecer e refletir sobre o planejamento sucessório tanto na vida econômica quanto na vida familiar. Por ser culturalmente pouco disseminado e discutido, ainda apresenta alguns descompassos legislativos e interpretativos em relação a necessidade social.

Verificou-se que o instituto do planejamento sucessório sofre, de fato, três espécies de problema frente ao direito brasileiro: a frouxa legalização quanto os institutos já existentes como a previdência privada, visto que considerar os planos VGBL E PGBL somente como herança em prol de uma “proteção sucessória” e ignorar o período dos depósitos de valores e resgate, que possuem clara natureza de investimento, somente contribui para facilitar o desvio de finalidade destes mecanismos para burlar a legítima, como ocorre na realidade.

Por outro lado, a excessiva interpretação quanto a possibilidade de exprimir a autonomia privada nos pactos antinupciais através de uma leitura arcaica do artigo 426 do CC/02 e seus princípios terminam por sufocar e acabar com a possibilidade de expressão da autonomia da vontade, indo de encontro com toda a estrutura hermenêutica do próprio Código Civil de 2002 em nome de uma moralidade que remonta ao período medieval.

³⁹ FONSECA, Samara Oliveira; DE FREITAS, Isa Omena Machado. *A possibilidade jurídica do uso do testamento na herança digital diante da ausência de instrumentos específicos*. Disponível em <<https://ibdfam.org.br/artigos/1886/A+possibilidade+jur%C3%ADica+do+uso+do+testamento+na+heran%C3%A7a+digital+diante+da+aus%C3%A2ncia+de+instrumentos+espec%C3%ADficos>> Acesso em 01. Jun. 2023.



Por fim, há um problema gerado pela completa ausência legislativa quanto a disposição dos bens digitais, cada vez mais abundantes na realidade tecnológica e informatizada. As questões sucessórias acerca desse assunto estão reféns de termos de serviços diversos e até antagonísticos entre si enquanto inúmeros projetos de leis que são capazes de regularizar de maneira efetiva são enterrados pela morosidade legislativa. Sendo assim, enquanto não ocorrer uma mudança no código civil apta a legislar resta o uso do testamento como forma mais segura de se fazer valer a vontade do de cujus.

Conclui-se que tanto o comportamento social quanto o próprio direito, como uma reflexão do primeiro, não conseguem acompanhar e suprir a necessidade da avançada e rápida mudança nas relações familiares e patrimoniais decorrente destas, sobrando como solução a interpretação hermenêutica e casuística das normas frente aos problemas concretos que são propostos perante o Judiciário que, infelizmente, ainda não consegue lidar com as questões de planejamento sucessório de forma equilibrada.

O grande desafio ainda consiste na harmonização das figuras contratuais utilizadas no planejamento sucessório e o direito de família e sucessões e a melhor forma defendida é o prestígio da autonomia privada em sua interpretação, em homenagem a função social e principiológica do contrato como um dos princípios norteadores das novas relações obrigacionais trazidas pelo Código Civil de 2002.

REFERÊNCIAS

APPLE. Site do termo de serviço da Apple. Disponível em: < <https://www.apple.com/br/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>> Acesso em: 03.jun.2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 fev.2023.

_____. *Código Civil*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 01 mar. 2023.

_____. *Lei Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 25.jun.2023

_____. *Marco Civil da Internet*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 25.jun.2023



_____. Ministério da Fazenda. Site do Conselho Nacional de Seguros Privados. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/politica-microeconomica/conselho-nacional-seguros-privados/conselho-nacional-seguros-privados>>. Acesso em: 01.Abr.2023.

_____. Ministério da Fazenda. Site da Superintendência de Seguros Privados. Disponível em: <<https://www.gov.br/susep/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/sobre-a-susep>>. Acesso em: 01.Abr.2023.

_____. *Projeto Legislativo n. 3050*, de 2020. Visa alterar o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2254247>>. Acesso em: 01 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1726577/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800435228&dt_publicacao=01/10/2021>. Acesso em 03Abr.2023

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp1695687/SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Relatora para acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2022/04/RESP-1695687-2022-04-19.pdf>> Acesso em: 03 Abr.2023

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1961488/RS*. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Disponível em:<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2104217&num_registro=202100004368&data=20211117&peticao_numero=-1&formato=PDF> Acesso em: 03 Abr. 2023

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE.1363013 RG/RJ*. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6318604&numeroProcesso=1363013&classeProcesso=RE&numeroTema=1214>>. Acesso em: 06.Abr.2023.

BUCAR, Daniel. *Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização*. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, família e sucessões: diálogos complementares*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 280 – 281.

COSTA FILHO. Marco Aurélio de Faria. Herança Digital: Valor Patrimonial E Sucessão De Bens Armazenados Virtualmente. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. N.06. 2016. P. 191. Disponível em <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>>. Acesso em: 25.jun.2023

FONSECA. Samara Oliveira; DE FREITAS. Isa Omena Machado. A possibilidade jurídica do uso do testamento na herança digital diante da ausência de instrumentos específicos. Disponível em<<https://ibdfam.org.br/artigos/1886/A+possibilidade+jur%C3%ADdica+do+uso+do+testament+o+na+heran%C3%A7a+digital+diante+da+aus%C3%A2ncia+de+instrumentos+espec%C3%ADficos>>. Acesso em: 06 mar.2023.



GOOGLE. Site de suporte da Google. Disponível em <<https://support.google.com/accounts/troubleshooter/6357590?hl=pt-BR>> Acesso em: 03.Jun.2023.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 21, n. 03, p. 87-109, jul/set. 2019. Disponível em: .Acesso em: 05 mar. 2023.

MADALENO. Rolf. Renúncia da Herança no Pacto Antinupcial. Disponível em.<https://infographya.com/files/RENUNCIA_DE_HERANCA_NO_PACTO_ANTENUPCIAL.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2023.

_____, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos Atuais modelos de regime de bens. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, Porto Alegre: Magister, 2007. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/284.pdf>. > Acesso em 03 de jul. 2023.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A previdência privada como instrumento de planejamento sucessório. *Revista Pensar, Fortaleza*, v. 25, n. 14, p. 1-13, jan. 2020. Disponível em <<https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/9545>>. Acesso em: 04 mar.2023.

NEVARES. Ana Luiza Maia. Os planos de previdência privada (VGBl E PGBL) na perspectiva familiar e sucessória: critérios para sua compatibilização com a herança e a meação. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v.28, n.02, p.257-274, abr./jun. 2021. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/749>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

TARTUCE, Flávio. Herança Digital e sucessão legítima – primeiras reflexões. Disponível em: . Acesso em: 05 mar.2023. TARTUCE. Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. V. 6. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.[e-book]

TASSINARI, Simone. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. (2021). Futuros possíveis para o planejamento sucessório. *Revista Brasileira De Direito Civil*, v. 21, n. 03, p. 121. 2021. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/772>> Acesso em: 01 jul. 2023.

VENOSA. Sílvio de Salvo. *Direito civil: sucessões*. 18. ed. São Paulo. Atlas, 2017.

A BUSCA PESSOAL NA ABORDAGEM POLICIAL: UMA BREVE ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO “FUNDADA SUSPEITA” E AS POSSÍVEIS NULIDADES À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rita de Cássia Silva Souza Santos

Graduada pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ-IM). Advogada.

Resumo – a opção por este tema decorreu da ausência de parâmetros objetivos acerca da interpretação conferida à “fundada suspeita”, extraída do artigo 244 do Código de Processo Penal, a qual é objeto de discussão entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, dada as divergências jurisprudenciais, há uma insegurança jurídica no que tange à abordagem policial. Deste modo, é indispensável a identificação de eventuais violações a direitos da personalidade, notadamente os da integridade física, intimidade e honra, ensejando possível nulidade processual. Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade é a técnica que poderá ser aplicada casuisticamente, com o intuito de dirimir controvérsias e proporcionar a proteção da dignidade da pessoa humana no procedimento preventivo e imediato que é a busca pessoal.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Abordagem policial. Fundada suspeita. Nulidades. STJ.

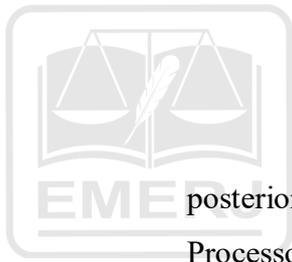
Sumário – Introdução. 1. “Fundada suspeita”: as controvérsias entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça. 2. Insegurança jurídica: a ausência de parâmetros jurídicos definitivos para a expressão “fundada suspeita”. 3. A busca pessoal do artigo 244 do Código de Processo Penal: possíveis violações aos direitos da personalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o procedimento da busca pessoal na abordagem policial no tocante à expressão “fundada suspeita”, indicada no artigo 244 do Código de Processo Penal, analisando suas eventuais nulidades. Procura-se demonstrar as controvérsias acerca da interpretação da referida expressão à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar possíveis arbitrariedades policiais e violações a direitos da personalidade.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema de modo a investigar se a ausência de parâmetros objetivos, ao interpretar a aludida expressão, enseja nulidades na ação da busca pessoal.

Nesta toada, os meios de prova no processo penal são instrumentos significativos para se alcançar a elucidação dos fatos criminais em análise. Contudo, a não observância dos respectivos requisitos legais caminha para a ilicitude da prova produzida, a qual,



posteriormente, deverá ser desentranhada do processo, nos moldes do artigo 157 do Código de Processo Penal.

É neste cenário que se insere o presente debate. Uma vez que a jurisprudência pátria, sobretudo dos tribunais superiores, não delimita parâmetros quanto ao que consiste a “fundada suspeita”, nasce a insegurança jurídica, pautada na iminente arbitrariedade policial no procedimento da busca pessoal e nas eventuais violações a direitos da personalidade garantidos pela Carta Magna.

Por conseguinte, frente a uma legislação “garantista” e apoiada na dignidade da pessoa humana, faz-se necessário fixar critérios estabilizadores da relação entre Estado e o sujeito de direito. Nesta toada, a busca pessoal, esbarrando no elemento “fundada suspeita”, não poderá ser caracterizada pela discricionariedade e eivada de nulidades.

O tema é notadamente importante no âmbito do processo penal, dada a possibilidade de dirimir controvérsias sobre a busca pessoal, fomentando a segurança no ordenamento jurídico, bem como protegendo de forma eficaz os direitos constitucionais da personalidade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho, apontando e contrapondo as controvérsias entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça quanto à interpretação da expressão “fundada suspeita”, analisando recentes julgados acerca do tema.

Em ato contínuo, no segundo capítulo, discute-se se a ausência de parâmetros jurisprudenciais objetivos quanto à referida expressão torna arbitrária a abordagem policial e, caso positivo, se tal fato geraria uma insegurança jurídica no ordenamento normativo pátrio.

Por fim, o terceiro capítulo examina as eventuais violações aos direitos da personalidade daqueles nos quais é realizado o procedimento da busca pessoal, haja vista se tratar de ato constrangedor, e indica, como possível meio de solução do impasse, o princípio da proporcionalidade.

Desse modo, a abordagem do objeto deste trabalho jurídico é essencialmente qualitativa, bibliográfica e descritiva, pois o tema é abordado de acordo com livros de Direito Processual Penal. Também é utilizada obra de Direito Civil, no tocante aos direitos da personalidade, e, ainda, legislações, artigos, monografias e informes de julgados do Superior Tribunal de Justiça.

1. “FUNDADA SUSPEITA”: AS CONTROVÉRSIAS ENTRE AS TURMAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A busca pessoal, indicada no artigo 244 do Código de Processo Penal¹, é um meio de obtenção de prova, na qual se deve observar a incidência pretérita da “fundada suspeita”. Contudo, o aludido diploma legal não estipula qualquer critério objetivo apto a nortear a abordagem policial. Nesta toada, faz-se imprescindível a análise jurisprudencial entre os entendimentos das 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, a fim de fixar parâmetros adequados quanto à expressão em comento.

Nos julgamentos da 5ª Turma do C. STJ, observam-se as decisões proferidas no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 684.062/SP², no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.093.117/ SC³ e no *Habeas Corpus* n. 721.530/PR⁴, nas quais o julgador entendeu pela licitude das provas produzidas na abordagem policial, uma vez que a “fundada suspeita” restou demonstrada nos casos concretos.

Já nas decisões da 6ª Turma da Corte Superior, destacam-se os julgados: Recurso Especial n. 1.961.459/SP⁵, Recurso em *Habeas Corpus* n. 158.580/BA⁶ e Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 699.224/RS⁷, que reputaram nulas as provas obtidas por meio da abordagem policial, dada a ausência de justa causa na busca pessoal – a fundada suspeita.

No voto proferido pelo Ministro Jesuíno Rissato, no AgRg no HC n. 684.062/SP⁸, o relator entendeu por válida a busca pessoal realizada, haja vista que o paciente

trafegava por via pública já conhecida pelos agentes como ponto utilizado para a realização do comércio espúrio com uma sacola em suas mãos, ao notar a presença de equipe policial que realizava patrulhamento de rotina, apresentou acentuado

¹BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 mar. 2023.

²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n. 684.062/SP*. Relator: Ministro Jesuíno Rissato. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1330141115/inteiro-teor-1330141134>>. Acesso em 03 mar. 2023.

³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp n. 2.093.117/SC*. Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1562204712/inteiro-teor-1562205053>>. Acesso em 03 mar. 2023.

⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 721.530/PR*. Ministro Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1622041262>>. Acesso em 03 mar. 2023.

⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.961.459/SP*. Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1482586889/inteiro-teor-1482586895>>. Acesso em 04 mar. 2023.

⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n. 158.580/BA*. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22RHC%22+com+%22158580%22>>. Acesso em 04 mar. 2023.

⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n. 699.224/RS*. Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1523459290>. Acesso em 04 mar. 2023.

⁸BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

nervosismo, o que causou estranheza nos milicianos, que decidiram, somente então, realizar a abordagem.

Em contrapartida, no REsp n. 1.961.459/SP⁹, cuja relatoria é da Ministra Laurita Vaz, a magistrada decidiu no sentido de que o nervosismo do sujeito, constatado pelos policiais, não era suficiente para caracterizar justa causa na busca pessoal. Neste sentido, concluiu que a percepção de tal comportamento é dotada de excesso de subjetivismo, sendo que o referido procedimento exige mais do que mera desconfiança baseada em elementos intuitivos.

Observa-se, portanto, que o elemento subjetivo “nervosismo” é tratado de maneira oposta entre as duas turmas. A 5ª Turma entende ser “fundadas razões”, exigidas pela lei processual penal, o fato do sujeito estar em lugar conhecido pelo tráfico e ter aparentando nervosismo quando da abordagem policial. Todavia, a 6ª Turma compreende não ser este motivo hábil para a busca pessoal.

Ademais, no julgamento do AgRg no AREsp n. 2.093.117/SC¹⁰, o ministro relator João Otávio de Noronha aduziu que o fato do local ser conhecido por intenso tráfico de drogas, bem como, no ato da abordagem, o sujeito ter adotado atitude suspeita e, posteriormente, terem sido encontrados objetos ilícitos, como, por exemplo, drogas, configuram a demonstração de fundadas razões para a busca pessoal, não se falando em ilicitude da prova produzida.

Entretanto, no RHC n. 158.580/BA¹¹, o relator Ministro Rogério Schietti indicou que a constatação de objetos ilícitos, independentemente da quantidade, após a revista não convalida a ilegalidade prévia, uma vez que se reputa necessário que o elemento “fundada suspeita de posse de corpo de delito” seja aferido com base no que se tinha em momento anterior à diligência. Outrossim, ressaltou que “a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o *standard* probatório de ‘fundada suspeita’ exigido pelo art. 244 do CPP¹²”.

Neste cenário, este último julgado, datado de 19/04/2022, possui grande relevância na matéria, uma vez que justifica a necessidade de se estabelecer balizas norteadoras para o procedimento da busca pessoal. Desta forma, destaca-se trecho do voto do Ministro aludido, Rogério Schietti Cruz, em que o relator determina as três razões principais para a imprescindibilidade de elementos sólidos, concretos e objetivos para a realização do ato:

[...] a) evitar o uso excessivo desse expediente e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à

⁹BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

¹⁰BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

¹¹BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

¹²BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

liberdade (art. 5o, caput, e X, da Constituição Federal), porquanto, além de se tratar de conduta invasiva e constrangedora – mesmo se realizada com urbanidade, o que infelizmente nem sempre ocorre –, também implica a detenção do indivíduo, ainda que por breves instantes;

b) garantir a sindicabilidade da abordagem, isto é, permitir que tanto possa ser contrastada e questionada pelas partes, quanto ter sua validade controlada a posteriori por um terceiro imparcial (Poder Judiciário), o que se inviabiliza quando a medida tem por base apenas aspectos subjetivos, intangíveis e não demonstráveis;

c) evitar a repetição – ainda que nem sempre consciente – de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do perfilamento racial, reflexo direto do racismo estrutural [...].¹³

Por fim, no voto proferido no HC n. 721.530/PR¹⁴, o Ministro Joel Ilan Paciornik afirmou que a fundada suspeita resta evidenciada no fato do sujeito estar em local conhecido pelo tráfico de drogas e aparentar nervosismo ao avistar a viatura policial. Tal entendimento está em dissonância com o fixado no AgRg no HC n. 699.224/RS¹⁵, como se observa a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS COM ORDEM CONCEDIDA. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO EM FLAGRANTE. BUSCA PESSOAL. ABORDAGEM EM VIA PÚBLICA MOTIVADA APENAS POR IMPRESSÃO DE NERVOSISMO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES. 1. A despeito das alegações do agravante, não lhe assiste razão, devendo ser mantida a decisão agravada. 2. No caso, não houve apresentação de fundada suspeita para revista pessoal no paciente, tendo os policiais apenas afirmado que notaram que o acusado revelou nervosismo ao avistar a guarnição e tentou esconder seu rosto. 3. A percepção de nervosismo do averiguado por parte de agentes públicos é dotada de excesso de subjetivismo e, por isso, não é suficiente para caracterizar a fundada suspeita para fins de busca pessoal, medida invasiva que exige mais do que mera desconfiança fundada em elementos intuitivos. 4. Agravo regimental improvido.

À vista dos apontamentos supracitados, extrai-se que a jurisprudência da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no que tange à interpretação conferida à expressão “fundada suspeita”, vai de encontro ao assentado pela 6ª Turma da Egrégia Corte.

Enquanto a primeira se encaminha para uma posição voltada à pretensão punitiva estatal, estruturada no princípio da verdade real, a segunda tende ao “garantismo penal”, em que há o comprometimento em assegurar os direitos dos indivíduos e, conseqüentemente, controlar o poder punitivo do Estado.

Contudo, convém observar que a 5ª Turma complementa o entendimento da 6ª, na medida em que concilia o elemento subjetivo – nervosismo- ao elemento objetivo – local. O nervosismo, por si só, como compreendido pela segunda, não caracteriza justo motivo capaz de ensejar a busca pessoal. Todavia, sob a ótica da primeira, quando atrelado a determinados elementos, como a localização e objetos ilícitos, pode legitimar o procedimento ora analisado.

¹³BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

¹⁴BRASIL, *op. cit.*, nota 4.

¹⁵BRASIL, *op. cit.*, nota 7.

Por conseguinte, da supracitada análise, infere-se que há divergências jurisprudenciais que necessitam ser sanadas para prevenir e controlar o comportamento estatal na abordagem policial. A lacuna legislativa e a ampla interpretação jurisprudencial acerca da expressão “fundada suspeita” podem gerar arbitrariedades no procedimento em comento. Neste cenário, além da insegurança jurídica instaurada, há iminente violação a direitos da personalidade, assegurados pela Constituição Federal de 1988, como o à intimidade e o à honra.

2. INSEGURANÇA JURÍDICA: A AUSÊNCIA DE PARÂMETROS JURÍDICOS DEFINITIVOS PARA A EXPRESSÃO “FUNDADA SUSPEITA”

No capítulo anterior, foram discutidas as controvérsias entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça quanto à interpretação da expressão “fundada suspeita”, disposta no artigo 244 do Código de Processo Penal¹⁶. Nesta toada, observa-se a ausência de fixação de parâmetros objetivos aptos a justificar a abordagem policial, consistente na busca pessoal sobre o agente do crime.

Deste modo, faz-se mister analisar o procedimento supracitado, evidenciando os pontos problemáticos e que, eventualmente, podem advir da lacuna legislativa em comento, bem como da interpretação jurisprudencial ampliativa conferida à expressão. Ademais, é de suma importância verificar se tal cenário gera insegurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio.

O artigo supracitado preconiza que o mandado, no âmbito da busca pessoal, será dispensado no caso de prisão, de busca domiciliar em curso ou quando houver fundada suspeita de posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito por parte do suspeito.

Perquirindo o dispositivo legal, infere-se que há três casos em que a ordem emitida pelo juiz no processo será dispensada. No entanto, no que tange à última hipótese, verifica-se que a condição estabelecida pelo legislador se reputa ampla e subjetiva, indo de encontro ao teor das demais circunstâncias.

Neste sentido, sob a ótica da doutrina de Renato Brasileiro de Lima¹⁷, quando da análise dos dispositivos do Código de Processo Penal, especialmente os artigos 240, §2^o¹⁸ e

¹⁶BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

¹⁷DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 807.

¹⁸BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

244¹⁹, para que se proceda à busca pessoal, faz-se necessário identificar um dado objetivo, não bastando “uma simples convicção subjetiva”.

Já para Norberto Avena²⁰, no aludido procedimento, há subjetivismo da autoridade policial ao determinar ou executar a medida, uma vez que o termo “fundada suspeita” possui significado de desconfiança ou suposição, dispensando elementos concretos.

Outrossim, Guilherme de Souza Nucci²¹ afirma que

quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver.

Em outro prisma, Aury Lopes Jr.²² sustenta que a expressão advém de um “ranço autoritário do Código de 1941”, perfazendo-se em uma cláusula genérica e imprecisa, vinculada a uma subjetividade ampla e plena do policial, isto é, a arbitrariedade.

Nesta toada, observa-se que a interpretação da expressão ora analisada é conferida ao policial atuante no caso concreto. Esta autoridade, imbuída de ideais, crenças e pré-conceitos, deverá estabelecer os motivos para prosseguir à busca pessoal no corpo do suposto agente do crime. Assim, vem à baila embaraços como o abuso de autoridade e o perfilamento racial.

Em relação ao primeiro, tem-se que, no exercício de sua função, alguns agentes estatais ultrapassam o exercício regular e desviam do poder que lhes é conferido, causando danos a terceiros.

Neste cenário, a Lei n. 13.869 de 2019²³ dispõe acerca dos crimes de abuso de autoridade, tendo como finalidade a proteção das garantias individuais constitucionais e o resguardo do normal funcionamento da Administração Pública e da atividade de função pública. Deste modo, a legislação especial deve ser observada para coibir qualquer prática excessiva e desviante por parte de tais autoridades.

Quanto ao segundo ponto, trata-se de práticas que reproduzem preconceitos estruturais, constituindo-se em um reflexo direto do racismo disseminado na sociedade contemporânea.

¹⁹*Ibid.*

²⁰AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2023, p. 614.

²¹NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processual penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.313.

²²LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 520.

²³BRASIL. *Lei n. 13.869*, de 05 de setembro de 2019. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm>. Acesso em 07 ago. 2023.

O especialista Pastor Murillo Martínez²⁴, ex-membro do Comitê para Eliminação da Discriminação Racial (CERD), esclarece que

o termo “perfilamento racial” se refere ao processo pelo qual as forças policiais fazem uso de generalizações fundadas na raça, cor, descendência, nacionalidade ou etnicidade ao invés de evidências objetivas ou o comportamento de um indivíduo, para sujeitar pessoas a batidas policiais, revistas minuciosas, verificações e reverificações de identidade e investigações, ou para proferir um julgamento sobre o envolvimento de um indivíduo em uma atividade criminosa.

Nota-se, por conseguinte, que a doutrina e a jurisprudência pátrias, não obstante se debruçarem sobre estudo do tema, não apresentam um conceito definitivo do que seja a “fundada suspeita”. Dada a definição aberta e imprecisa, a arbitrariedade policial, durante o procedimento de busca pessoal, torna-se mais evidente e frequente no cotidiano do brasileiro.

Sendo assim, infere-se que a abordagem policial deve ser realizada com observância de princípios e critérios técnicos, sob pena de tornar ilícitas as provas obtidas, nos ditames do artigo 157 do CPP²⁵. Neste diapasão, a Lei de Abuso de Autoridade indica as sanções para aqueles agentes públicos que atuarem com excesso e em contrário aos preceitos legais.

Em contrapartida, por se tratar de um tema que dispõe de grande subjetividade, o perfilamento social resta configurado, aplicando, ao procedimento em comento, resquícios de um passado preconceituoso e, sobretudo, racista. Nesta toada, restringe-se direitos fundamentais, como a intimidade²⁶ e a dignidade da pessoa humana²⁷, além de não respeitar o princípio da igualdade²⁸.

Deste modo, nesse paradoxo da segurança pública, emerge a insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. O estado de desconfiança das instituições públicas, diante da ausência de norma legal e das divergências de entendimento da interpretação da expressão “fundada suspeita”, promove o quadro de uma sociedade refém de atos abusivos e preconceituosos perpetrados pela autoridade policial.

A própria sociedade, desconhecendo os limites deste ato de ingerência humana, encontra dificuldade em se defender de comportamentos estatais abusivos e em proteger seus direitos assegurados pela Constituição Federal²⁹. Neste sentido, não obstante ser uma ação

²⁴ONU. *Perfilamento racial*: debates realizados pela ONU discutem recorrência de casos e desafios para combater o problema. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/105298-perfilamento-racial-debates-realizados-pela-onu-discutem-recorr%C3%Aancia-de-casos-e-desafios>> Acesso em: 09 de ago. 2023.

²⁵BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

²⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 ago. 2023.

²⁷*Ibid.*

²⁸*Ibid.*

²⁹*Ibid.*



seletiva, a ausência de delimitação jurídica sobre o tema impede a adoção de critérios prévios de suspeição, produzindo estereótipos que, uma vez adotados, violam direitos humanos.

Destarte, como destinatários da repressão penal ostensiva, que é a instituição policial, a utilização do instituto da busca pessoal atinge à comunidade mais pobre. Assim sendo, é importante que se estabeleçam parâmetros objetivos para nortear a referida diligência, não se desvirtuando das balizas constitucionais.

3. A BUSCA PESSOAL DO ARTIGO 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: POSSÍVEIS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Nos capítulos anteriores, analisou-se a abordagem policial sob a ótica da jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça, bem como a insegurança jurídica gerada pela arbitrariedade dos agentes públicos, quando da ausência de parâmetros definitivos conferidos à expressão “fundada suspeita”. Desta forma, por derradeiro, vem à baila, a discussão acerca de eventuais violações a direitos da personalidade, cujos titulares são os destinatários da busca pessoal em comento.

Saindo de um prisma essencialmente patrimonialista, o direito civil brasileiro³⁰ conferiu novos valores existenciais à pessoa, os quais foram acolhidos pela própria Constituição.³¹ Nesta toada, os direitos da personalidade, em uma concepção civil-constitucional, consistem, para Flávio Tartuce³², em direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade, os quais deverão ser associados a três princípios básicos: dignidade da pessoa humana, solidariedade social e isonomia.

O artigo 5º, inciso X, da Carta Magna³³ preceitua que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Neste sentido, infere-se que os direitos da personalidade são direitos fundamentais e, como indica Anderson Schreiber³⁴, “mesmo os que não contam com previsão explícita nesse dispositivo são sempre referidos como consectários da dignidade humana, protegidos no artigo 1º, III, da Constituição³⁵”. Nota-se, por conseguinte,

³⁰BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

³¹BRASIL, *op. cit.*, nota 18.

³²TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 138-139.

³³BRASIL, *op. cit.*, nota 18.

³⁴SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 14.

³⁵BRASIL, *op. cit.*, nota 18.

que o rol de direitos da personalidade é *numerus apertus*, podendo outros, na análise de conflitos entre particulares, revelarem-se ameaçados.

Consoante o artigo 11 do Código Civil³⁶ vigente, são direitos intransmissíveis e irrenunciáveis, os quais, na visão de Rubens Limongi França³⁷, são divididos em três grandes grupos: o direito à integridade física, à integridade moral e à integridade intelectual. Partindo desta premissa, faz-se necessário o estudo dos dois primeiros, uma vez que, na abordagem policial, estão envolvidos o direito ao corpo humano e à honra.

No que concerne ao direito à integridade física, Pablo Stolzen e Rodolfo Pamplona³⁸ esclarecem que o objeto tutelado, neste caso, é “a higidez do ser humano no sentido mais amplo da expressão”, rechaçando as lesões causadas ao funcionamento normal do corpo. Neste sentido, o referido direito compreende a proteção ao corpo vivo e às suas partes integrantes.

Noutro giro, em relação ao direito à honra, é imperioso destacar que é dividida em objetiva e subjetiva. A primeira está consubstanciada na “reputação de que goza a pessoa no meio social”³⁹, enquanto a última está associada à autoestima, à consciência da própria dignidade⁴⁰.

Outrossim, tem-se o direito à privacidade, que se perfaz na vedação da interferência estatal na vida privada do particular. Consagrado no artigo 21 do Código Civil Brasileiro⁴¹, manifesta-se, sobretudo, por meio do direito à intimidade. No entendimento de Flávio Tartuce⁴², é tão somente o direito de estar só.

É nesta toada que a abordagem policial se insere, uma vez que tal busca é imediata, ou seja, é realizada mediante contato físico com o corpo do abordado. Assim, resta natural que este procedimento possa gerar um desconforto em que o sofre, a depender do grau de invasão.

A legislação não indica objetivamente quais são os critérios necessários para caracterizar a fundada suspeita do artigo 244 do Código de Processo Penal⁴³. Deste modo, a arbitrariedade policial viola determinados direitos da personalidade, notadamente o à integridade física, à honra e à intimidade.

³⁶BRASIL, *op. cit.*, nota 22.

³⁷LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, *apud* TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 139.

³⁸GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 74- 75.

³⁹SCHREIBER, *op. cit.*, 2013, p. 72.

⁴⁰GAGLIANO; FILHO, *op. cit.*, 2023, p. 81.

⁴¹BRASIL, *op. cit.*, nota 22.

⁴²TARTUCE, *op. cit.*, 2023, p. 80.

⁴³BRASIL, *op. cit.*, nota 1.



Na seara da integridade física, quando da abordagem ostensiva, observa-se que se trata de diligência invasiva, em que o agente estatal, com atribuições para tal, proceder-se-á à busca pessoal imediata sobre o corpo do indivíduo. Calcada na ideia de direito ao próprio corpo⁴⁴, é imperioso destacar que, não se tratando de diminuição permanente da integridade física, o procedimento se torna mais complexo quanto ao estudo da configuração de eventuais nulidades.

Já quanto à honra, o fato de ser escolhido, dentro todos os demais, para ser o destinatário da busca, bem como o método utilizado ser invasivo, remontam a situações vexatórias, em que o abordado observa a sua imagem e reputação “manchadas” perante a sociedade. Neste âmbito, tanto a honra objetiva, quanto a subjetiva se reputam prejudicadas quando da busca pessoal.

No que concerne ao direito à intimidade, assemelha-se ao direito à privacidade, protegido, como os supracitados, pelo direito constitucional brasileiro. Assim, por se tratar de intervenção em que a busca será realizada diretamente sobre o corpo humano, resta manifesta a afetação do procedimento policial ao direito em tela.

Ademais, a revista pessoal é a forma mais evidente da ingerência estatal, uma vez que o indivíduo, temporariamente, tem cerceado seu direito de ir e vir frente a obrigatoriedade de suportar minuciosa varredura em seu corpo.

Diante deste cenário, a busca pessoal de caráter preventivo, realizada por iniciativa da autoridade policial, é permeada de subjetividade quando da observância do requisito da “fundada suspeita”. Situações vexatórias e invasivas são frequentemente observadas, sendo os direitos da personalidade deixados de lado em prol de um único fim, a segurança pública.

Nesta toada, é imprescindível a aplicação da teoria da ponderação como forma de solucionar a controvérsia. O instituto apresenta três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O Ministro Gilmar Mendes, em sua obra, explica que:

[...] o juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução⁴⁵.

Neste sentido, a adequação consiste na aptidão das medidas estatais adotadas para alcançar o objetivo final. Em contrapartida, a necessidade está relacionada ao meio escolhido,

⁴⁴SCHREIBER, *op. cit.*, 2013, p. 31.

⁴⁵MENDES, Gilmar Mendes Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 319.

o qual deverá ser, simultaneamente, o menos gravoso e o mais apropriado de acordo com o caso concreto. Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito, no entendimento de Renato Brasileiro de Lima⁴⁶, “impõe um juízo de ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, a fim de se constatar se se justifica a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos”.

Convém destacar que o postulado da proporcionalidade não está explícito no texto constitucional. No entanto, o Ministro Luís Roberto Barroso⁴⁷ afirma que o supracitado princípio pode ser extraído das ideias do devido processo legal e da justiça. Ainda, prossegue seu pensamento ao aduzir que “o princípio da proporcionalidade é utilizado, também, com frequência, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, aí incluídas as colisões de direitos fundamentais e as colisões entre estes e interesses coletivos”.

Por outro lado, Flávio Tartuce⁴⁸ ressalta que tal técnica foi incluída expressamente no Código de Processo Civil, especificamente em seu artigo 489, parágrafo 2^o⁴⁹, esclarecendo que o juiz deve indicar os critérios gerais da ponderação efetuada, quando da colisão entre normas.

Somado a isso, o mesmo autor⁵⁰ sustenta que “a ponderação é necessária para resolver os casos de difícil solução, especialmente aqueles em que a lei é insuficiente ou ausente”, como é o caso da interpretação da “fundada suspeita” extraída do artigo 244 do CPP⁵¹.

Neste cenário, é imperioso destacar o Enunciado n. 274 da IV Jornada de Direito Civil⁵², o qual preceitua que:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Em suma, os direitos da personalidade são qualidades que se agregam à pessoa e que devem ser analisados sob uma ótica civil-constitucional. Como afetação a esses direitos, tem-se a abordagem policial, que, por meio da revista pessoal, realiza uma ingerência imediata no corpo humano em busca de objetos aptos a embasar uma investigação criminal. Diante disso,

⁴⁶DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*: volume único. 8a ed. rev, ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 87.

⁴⁷BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 221-223.

⁴⁸TARTUCE, *op. cit.*, 2023, p. 143.

⁴⁹BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

⁵⁰TARTUCE, *op. cit.*, 2023, p. 146.

⁵¹BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁵²FEDERAL, Conselho de Justiça. *Enunciado 274*. VI Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 10 set. 2023.



configuram-se situações intrinsecamente constrangedoras, refletindo uma tensão entre a segurança pública e os direitos fundamentais.

À vista disso, a “fundada suspeita” deve ser interpretada a partir do princípio da proporcionalidade. Deve ser amparada por elementos concretos, os quais devem exprimir a adequação da medida, a proporcionalidade desta em relação ao caso concreto e, principalmente, a necessidade de se relativizar os aludidos direitos fundamentais em benefício da utilidade da persecução criminal.

CONCLUSÃO

O artigo 244 do Código de Processo Penal trata acerca da busca pessoal, a qual poderá ocorrer, sem mandado, em três hipóteses, dentre as quais a “fundada suspeita” se revela ponto crítico. A jurisprudência pátria, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, debruçou-se sobre o estudo da expressão a fim de conferir uma interpretação mais objetiva para o tema. No entanto, as controvérsias entre as próprias turmas da Corte Superior caminham para um quadro de insegurança jurídica, na medida em que não há parâmetros resolutos para orientar o ato policial.

A ausência de delimitação objetiva para a supracitada expressão se configura como óbice para um procedimento pautado na legalidade. Nesta toada, a arbitrariedade policial circula na sociedade brasileira a ponto de violar direitos da personalidade, os quais são alçados ao patamar de direitos fundamentais pela própria Constituição Federal.

Desta forma, após apontar e contrapor os entendimentos jurisprudenciais das 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça quanto à interpretação da expressão “fundada suspeita”, restou comprovado que, até a presente data, não há qualquer tese fixada apta a nortear a abordagem policial. Ressalta-se que as referidas turmas divergiram de forma diametralmente opostas, não se vislumbrando pontos em comum em um futuro próximo.

Outrossim, diante de uma análise social, verificou-se que o obstáculo acima gera um procedimento preventivo baseado na discricionariedade de cada agente público, uma vez que utilizarão de suas opiniões e experiências para escolher sobre quem realizar-se-á tal ação. Neste cenário, é relevante destacar o “perfilamento racial”, pelo qual os requisitos, para fins dessa abordagem, passam a ser a cor da pele e o poder aquisitivo.

Neste sentido, foi constatada uma insegurança jurídica instalada no ordenamento jurídico brasileiro. Igualmente, observou-se constantes violações aos direitos da personalidade, garantidos pelos textos constitucional e civilista. A intimidade, a honra e a integridade física

são preteridas em prol de um suposto dever de segurança pública e uma busca incansável da verdade de fato.

Por conseguinte, indicou-se a técnica da proporcionalidade, a qual, dividida em necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, poderá solucionar o conflito em comento. Diante do caso concreto, cabe, ao magistrado, analisar, de forma pormenorizada, se o ato policial extrapolou os limites legais, ensejando eventuais nulidades processuais. Ainda, se frente a direitos fundamentais e inatos ao ser humano, a segurança pública, principalmente no que concerne ao início de uma linha investigatória, deverá se sobrepôr.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 15. ed. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2023.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 03 mar.2023.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 mar.2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 mar.2023.

_____. *Lei n. 13.869*, de 05 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm>. Acesso em: 03 mar.2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n. 684.062/SP*. Relator: Ministro Jesuíno Rissato. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1330141115/inteiro-teor-1330141134>>. Acesso em: 04 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n. 699.224/RS*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1523459290>> Acesso em: 04 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp n. 2.093.117/SC*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1562204712/inteiro-teor-1562205053>>. Acesso em: 04 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 721.530/PR*. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornick. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1622041262>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.961.459/SP*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1482586889/inteiro-teor-148>>.

2586895>. Acesso em: 04 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n. 158.580/BA*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1482586889/inteiro-teor-1482586895>>. Acesso em: 04 mar. 2023.

DA SILVA, Marcio Marcelino. *Busca pessoal e fundada suspeita à luz dos direitos humanos*. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspu/bitstream/ufjf/3751/1/marciomarcelinodasilva.pdf>>. Acesso em 06 de mar. 2023

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

FEDERAL, Conselho de Justiça. *Enunciado 274*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 10 set. 2023.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

GODINHO, Eduardo; FOUREAUXM, Rodrigo. Abordagem policial e busca pessoal. In: NETO, Sérgio Carrera; IZIDORO, Frederico Afonso. *Abordagem policial e direitos humanos*. Santa Catarina: Clube de Autores, 2022, p. 83-128.

GOMES, Nestor Castilho; GONÇALVEZ, Ana Carolina Torres. *Abordagem Policial, Seletividade e Fundada Suspeita*. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6591>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

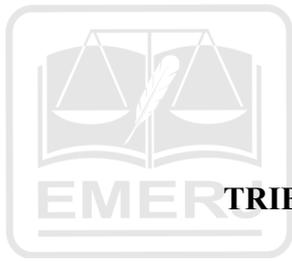
MENDES, Gilmar Mendes Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processual penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ONU. *Perfilamento racial: debates realizados pela ONU discutem recorrência de casos e desafios para combater o problema*. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/105298-perfilamento-racial-debates-realizados-pela-onu-discutem-recorr%C3%Aancia-de-casos-e-desafios>>. Acesso em: 09 de ago. 2023.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.



TRIBUTAÇÃO DO ICMS INCIDENTES SOBRE O COMÉRCIO ELETRÔNICO

Rodrigo Miguel Magalhães Ferreira Teixeira

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado.

Resumo - a necessidade de ponderação entre os princípios constitucionais tributários e as leis que compõe o ordenamento jurídico ao comércio eletrônico, tendo em vista a existência de regras que tentam dirimir os conflitos quanto à arrecadação do ICMS na tributação digital no comércio eletrônico. Essa modalidade de comércio deve ter por parte do Estado uma atenção especial, tendo em vista a “guerra fiscal” entre os entes federativos, relacionada a aplicação do Protocolo n. 21 em relação ao ICMS, cobrado no domicílio do vendedor e uma diferença de alíquota no destino da mercadoria. São questões que merecem reflexão, devendo ser objetos de estudos e ponderações.

Palavras-chave: Comércio Eletrônico. Tributação. ICMS. Incidência de Normas Legais.

Sumário – Introdução; 1. Repartição de competência, arrecadação e distribuição de valores referentes ao ICMS na tributação dos entes federativos; 2. Definição da legislação no *e-commerce*; 3. Impactos na economia dos entes federativos no atual cenário legislativo; Conclusão; Referências

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do conflito das normas legais aplicadas ao comércio eletrônico. As atividades desenvolvidas por esta modalidade de comércio, por sua especificidade, têm que ser regidas por normas claras e transparentes para que o consumidor possa sentir-se seguro na hora de optar pelo comércio eletrônico ou pelo comércio físico.

Com a globalização dos negócios, atualmente, constata-se um crescimento nos negócios digitais, por opção do consumidor que escolhe adquirir produtos e serviços sem que tenha que se deslocar para a loja física.

Embora os processos sejam bem semelhantes, há diferenças cruciais tanto para o consumidor quanto para o vendedor.

A pesquisa está adstrita às legislações aplicadas a esta modalidade de comércio, mais especificamente à incidência do ICMS, bem como qual ente federativo terá a competência para tributar.

É um tema bastante complexo que necessita muita reflexão, tendo em vista que envolve não só a segurança jurídica da sociedade, como também direito subjetivo dos atores que estão envolvidos nas atividades na modalidade de comércio eletrônico.



O tema está longe de ser pacífico, em razão de que os direitos e garantias devem ser interpretado à luz da evolução do entendimento da sociedade e o que possui mais valor no momento da aplicação da norma, visando a pacificação social.

É essa a discussão jurídica que a pesquisa busca compreender.

Objetiva-se, assim, verificar a definição de quais as normas tributárias, referentes ao ICMS, que compõe o ordenamento jurídico aplicadas ao comércio eletrônico, bem como a dificuldade de tributação dos entes federativos em relação à exigência do recolhimento do tributo com aplicação de regras que limitam a cobrança do comércio eletrônico.

A discussão revela-se imperiosa, tendo em vista a análise da estabilidade econômica brasileira quanto ao impacto no tocante ao poder dos entes públicos em aplicar determinada norma, sanção ou fiscalização tributária em relação a um comércio sem fronteiras, não podendo a política tributária ser um elemento desmotivador do uso desta modalidade de comércio. Por outro lado, exigir que as agências responsáveis pela administração tributária definam regras compatíveis com a natureza do comércio eletrônico, levando-se em consideração o desafio de prevenir possíveis perdas de arrecadação.

O primeiro capítulo discute-se a repartição de competência para arrecadação do ICMS no comércio eletrônico, devendo essa modalidade de comércio ter por parte do Estado uma atenção especial, tendo em vista os conflitos entre os entes federativos, como por exemplo a aplicação do Protocolo n. 21 em relação ao ICMS, cobrado no domicílio do vendedor e uma diferença de alíquota no destino da mercadoria. É questão que merece reflexão pelos dirigentes do país, devendo ser objeto de estudo e ponderação.

No segundo capítulo, o estudo investiga quais normas jurídicas aplica-se ao *e-commerce*, objetivando a segurança jurídica nas relações, salientando-se que o comércio eletrônico se encontra em plena expansão impondo-se o atendimento a tipicidade e legalidade das normas tributárias a serem aplicadas.

Por fim, o terceiro capítulo pondera acerca da necessidade de o Legislador voltar-se para a discussão, juntamente com a sociedade, das normas a serem aplicadas para disciplinar o comércio eletrônico, em razão do impacto na economia dos entes federativos no atual cenário legislativo.

A metodologia empregada, trazendo à baila questão bastante sensível em relação à tributação de ICMS no comércio eletrônico, necessitando de regras definidas e claras para evitar a desarmonia nas relações jurídicas e conflitos entre os entes federativos quanto à arrecadação, busca possíveis soluções para as questões controvertidas, em decorrência do impacto na economia dos Estados, fazendo com que a pesquisa seja atual.



A presente pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. É, ainda, descritiva, visando estudar determinado assunto, objetivando a Revisão de Literatura, indicando um caminho possível para tomada de decisão sobre uma questão-problema. Quanto a sua finalidade é aplicada, pois o trabalho foi elaborado, objetivando a aquisição de novos conhecimentos. É, ainda, qualitativa, pois foi levantado um tema e a partir daí selecionados, em livros e artigos, informações para o debate da questão tema, ou seja, elaborada com base em material já publicado.

1. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA, ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DOS VALORES REFERENTES AO ICMS NA TRIBUTAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu a repartição de competências dos tributos distribuída entre a União, os Estados e os Municípios, conforme dispõem os artigos 153, 155 e 156, reciprocamente.¹

No seu texto, verifica-se ainda os princípios que devem ser ponderados quando da incidência do ICMS.

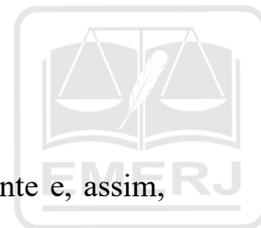
Com efeito, é de suma importância elencar os princípios aplicados ao ICMS. Assim, verifica-se que vários autores buscaram definir princípios, diferenciando das regras, bem como em que situação jurídica devem ser aplicados, após a ponderação de interesse do caso concreto.

Nas lições de Josef Esser “[...] princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e regras seria uma distinção qualitativa.”²

Os princípios atuam sobre outras normas de forma integrativa, agregando elementos não previstos em subprincípios ou regras, interpretativa quando servem para interpretar normas já editadas a partir de textos normativos expressos e bloqueadoras quando impedem a aplicação de elementos, mesmo que expressamente editados, mas que são incompatíveis com o caso concreto, não sendo a aplicação da regra a melhor forma do Direito que se pretende proteger.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

²ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 4ª tir. Tübingen, Mohr, Siebeck, 1990, p.51.



Assim, segundo Antônio Marcelo Pacheco “O legislador não é onisciente e, assim, pode constituir uma Lei que apresente uma lacuna que vem a ferir exercício de direitos subjetivos.”³ . Mais adiante refere que “Esta lacuna, fruto da ação do legislador pode se ocorrer pela negligência do próprio legislador sem que isso represente a sua vontade ou, reconhecendo que a Lei não pode ser absoluta, por sua vontade ele estatui princípios gerais que fomentam a existência da lacuna.”⁴

Aristóteles afirma que:

[...] quando a lei dispõe de um modo geral e surge um caso particular, algo excepcional, vendo que o legislador se cala ou que se enganou por ter falado em termos absolutos, é imprescindível corrigir-lhe e suprir-lhe o silêncio e falar em seu lugar, como o mesmo faria se estivesse presente, isto é, fazendo a lei como ele poderia ter feito, se pudesse ter ciência dos casos particulares de que se trata.⁵

Logo, os princípios são axiológicos, ou seja, otimizam uma norma, buscando a justiça no caso concreto.

Em se tratando dos princípios jurídicos da tributação com aplicação ao *e-commerce*, mais especificamente ao ICMS, encontra-se o Princípio da Legalidade que nos termos do art. 150, I da Constituição da República Federativa do Brasil, nenhum tributo será instituído ou majorado sem lei específica.⁶

Nas lições de Hugo de Brito Machado “[...] Admitir, fora dessas hipóteses, que o tributo pode ser aumentado por norma inferior é admitir que essa norma inferior modifique o que em lei foi estabelecido, o que constitui evidente absurdo.”⁷

Mais adiante salienta que:

Criar um tributo é estabelecer todos os elementos de que se necessita para saber qual é a situação de fato que faz nascer o dever de pagar esse tributo, qual é o valor, quem deve pagar, quando e a quem deve ser pago. Assim, a lei instituidora do tributo há de conter: a) a descrição do fato tributável; b) a definição da base de cálculo e da alíquota, ou outro critério a ser utilizado para o estabelecimento do valor do tributo; c) o critério para a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária; d) o sujeito ativo da relação tributária, se for diverso da pessoa jurídica da qual a lei seja expressão de vontade.⁸

Nesse contexto, o princípio da legalidade pode ser considerado como o mais importante limite do poder de tributar.

³PACHECO. Antônio Marcelo. *Formação Humanística*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p.54.

⁴*Ibidem*.

⁵ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: Unb, 1990.

⁶BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁷MACHADO. Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63.

⁸*Ibidem*, p. 64.

Outro princípio de suma importância é o princípio da anterioridade, bem específico do Direito Tributário, tendo em vista a definição nos termos do art. 150, III, “b” e “c” da CRFB/1988.⁹

Roque Carrazza nos ensina que “[...] o princípio da anterioridade veda a aplicação da lei instituidora ou majoradora do tributo sobre fatos ocorridos no mesmo exercício financeiro que entrou em vigor.”¹⁰ Refere, ainda que “[...] tolhe o agir não só da Administração Fazendária, como o próprio Poder Legislativo, já que o impede de estabelecer que lei com tais características colha fatos ocorridos “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada”.¹¹

Assim, a criação ou aumento do tributo somente será devido se a lei for publicada no exercício anterior a sua cobrança, sendo que a lei terá um período de vacância de 90 dias.

Salienta, ainda, Marco Antônio da Silva Menezes:

Os princípios do direito tributário aplicados no comércio convencional ou tradicional têm como fundamentos básicos a neutralidade, a eficiência, a certeza, a simplicidade, a efetividade, a equidade e a flexibilidade. Assim, segundo as orientações das autoridades governamentais, os princípios anteriormente citados devem ser aplicados também no comércio eletrônico. O princípio da neutralidade esclarece que não deve haver favorecimento a uma determinada modalidade de comércio, no caso tradicional e eletrônico. A eficiência explicita que os custos do cumprimento tributário (para os contribuintes) e da administração dos tributos (para os governos) devem ser minimizados.¹²

Esclarece que:

Quanto à certeza e simplicidade, as regras devem ser claras e simples de serem entendidas e aplicadas. Ainda, a efetividade e a equidade garantem que deve ser produzida a quantidade correta dos tributos, no tempo certo, e o potencial de evasão e elisão deve ser minimizado. Além disso, a flexibilidade refere-se ao fato de que os sistemas de tributação devem ser dinâmicos para conviver com novos desenvolvimentos tecnológicos e comerciais.¹³

Nesse contexto, cabe ao Estado a administração fiscal do imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação – ICMS e ao Município administrar o tributo relacionado aos serviços de qualquer

⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

¹⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 185

¹¹ *Ibidem*.

¹² MENEZES, Marco Antônio da Silva. A tributação do “e-commerce” pelo ICMS e os conflitos normativos. *REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor V.7, N.1. 2022*. Disponível em: Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor (ucb.br). Acesso em: 17 set. 2023.

¹³ *Ibidem*.

natureza – ISSQN, ambos incidentes no comércio eletrônico e que traz bastante controvérsia quanto à competência para receber e cobrar os respectivos valores.

Em análise ao Sistema Tributário Nacional, verifica-se que estabelece que nas operações interestaduais com produtos e serviços, deve haver uma partilha do ICMS, tendo em vista que, segunda norma aplicada, o recolhimento do tributo ocorreria somente nos estados de origem, ficando bastante prejudicado os estados consumidores, principalmente os localizados no Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

A Resolução n. 22 de 19 de maio de 1989¹⁴ estabeleceu que a alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nas operações e prestações interestaduais, será de doze por cento. Nas operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo, as alíquotas serão em 1989, oito por cento e a partir de 1990, sete por cento.

Constata-se que as normas criadas em relação à repartição de competências para arrecadação e distribuição de valores referentes ao ICMS sofre relativização em razão de que o centro econômico se localiza nas regiões do Sul e Sudeste.

Marco Antônio da Silva Menezes, aponta que:

Além disso, estabeleceu ainda que em operações e prestações que destinem bens ou serviço para adquirente na condição de consumidor final, não contribuinte, localizado em outro estado, a tributação pelo ICMS ocorre integralmente na origem aplicando-se à alíquota interna vigente do estado produtor, privilegiando assim estados das regiões Sul e Sudeste que são produtores e possuidores de forte base econômica em detrimento dos estados da região Norte, Nordeste e Centro-Oeste e Espírito Santo os quais reconhecidamente bases consumidoras.¹⁵

Atualmente, as operações efetuadas pelo comércio eletrônico estão em plena expansão, razão pela qual estados e municípios buscam, incessantemente, uma reforma tributária para melhor controle.

Contudo, observa-se a disparidade dos centros produtivos das regiões brasileiras, gerando conflitos quanto à repartição da receita gerada pela arrecadação do ICMS, tornando-se urgente a discussão junto com a sociedade de uma reforma tributária eficiente e eficaz.

¹⁴ BRASIL. Resolução n. 22. Disponível em: [Resolução n. 22 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 17 set. 2023.

¹⁵ MENEZES, *op. cit.*, nota 12.

2. DEFINIÇÃO DA LEGISLAÇÃO NO E-COMMERCE

O comércio eletrônico veio facilitar a realização dos negócios jurídicos com a particularidade da não presença física.

Com a pandemia, a internet passou a ser utilizada pelos consumidores como a forma de adquirir bens físicos e serviços que antes somente seria possível pessoalmente.

Nas lições de Luiz Edmundo Celso Borba:

A Internet passa, então, a ser um meio cobiçado pelos comerciantes à frente de seu tempo que vislumbram, nela, a possibilidade de criar um ‘estabelecimento comercial virtual’, onde, este, não alcançaria, apenas, a freguesia do seu bairro, sua cidade, seu estado, ou seu país (isto no melhor dos prognósticos), mas sim o mundo. E hoje esta já é uma realidade que faz parte da logística dos grandes centros comerciais. Com a rede mundial a seu serviço, a loja virtual permanece aberta 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana. Esta nova modalidade econômica de circulação de produtos e serviços é denominada de Comércio Eletrônico.¹⁶

O comércio eletrônico pode ser direto ou indireto, de acordo com a forma de entrega do produto. Assim, Carlos Francisco de Sousa Maia nos ensina que “Se o bem comprado for incorpóreo, estiver digitalizado e, sua entrega ocorrer via rede mundial, a Internet, estamos diante de comércio eletrônico direto. Se o bem for corpóreo, necessita de terceiros para transportá-lo, logo, estamos diante de um comércio eletrônico indireto.”¹⁷

Mais adiante explicita que “Quanto a sua tributação pelo ICMS, percebe-se que existem dificuldades para o Fisco localizar o local do seu fato gerador, isto porque normalmente o bem adquirido existe apenas no mundo virtual, sendo entregue via ondas de rádio utilizando serviços de telecomunicações entre os Estados.”¹⁸

Daí advém os questionamentos quanto à tributação das operações realizadas, sabendo-se que o comércio eletrônico não está adstrito a um determinado estado, mas rompe fronteiras, dificultando mais ainda a aplicação de normas legais entre países, ou seja, qual a legislação a ser aplicada ao caso concreto.

¹⁶ BORBA, Luiz Edmundo Celso. *A tributação, eletrônico-digital, levando-se em conta o ICMS: Algumas provocações acerca do fato gerador e do fundo de comércio virtual, com base no hodierno Estado de Conhecimento*. FISCO Soft online, n. 162,03 set. 2008. São Paulo, SP: Copyright 1999-2014 FISCO Soft Editora Ltda. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/a/49rk/a-tributacao-eletronico-digital-levando-se-em-conta-o-icms-algumas-provocacoes-acerca-do-fatogerador-e-do-> Acesso em: 17 set. 2023

¹⁷ MAIA, Carlos Francisco de Sousa. Comércio eletrônico, um novo cenário para o ICMS. *Revista dos Tribunais* [recurso eletrônico]. São Paulo, v. 100, n. 907, p. 321-352, maio 2011. Disponível em: <<https://dspace-novo.almg.gov.br/retrieve/120218/Carlos%20Francisco%20de%20Sousa%20Maia.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2023.

¹⁸ *Ibidem*.

Nesse contexto, faz-se necessária a definição tanto da hipótese de incidência quanto do conceito de estabelecimento.

Hipótese de incidência no comércio eletrônico ocorre, segundo Roque Antônio Carrazza “[...] quando o consumidor acessa o site da loja, navega por suas páginas de ofertas até efetuar sua compra, realizando assim a operação, para que em seguida ocorra a circulação de mercadoria, surgindo, dessa forma, a obrigação tributária.”¹⁹

Frana Mendes acrescenta ainda que “A lei tributária deve conter em seu bojo todos os elementos da hipótese de incidência tributária, denotando os aspectos material, espacial, temporal e pessoal, tanto antecedente como no conseqüente da norma, utilizando a expressiva linguagem de Paulo de Barros Carvalho.”²⁰

Fábio Ulhoa Coelho conceitua com maestria a definição de estabelecimento comercial, entendendo que:

O estabelecimento empresarial é a reunião dos bens necessários ao desenvolvimento da atividade econômica. Quando o empresário reúne bens de variada natureza, como as mercadorias, máquinas, instalações, tecnologia, prédio etc., em função do exercício de uma atividade, ele agrega esse conjunto de bens uma organização racional que importará em aumento do seu valor enquanto continuarem unidos.”²¹

Com efeito, a discussão quanto à tributação em razão do destino ou da origem do serviço ou do bem quanto à competência para a cobrança de tributos já é antiga e o *e-commerce* não escapou da divergência. Atualmente, está assegurado aos locais de destino a competência para arrecadação do tributo, o que antes a competência era do local de origem, posteriormente houve uma divisão percentual da referida arrecadação entre eles.

Observa-se que o ponto nodal da discussão teve seu ápice com a exigência de recolhimento do ICMS.

Fazendo uma digressão histórica, José Jayme de Macedo Oliveira aponta que em data anterior a 2015, a regra constitucional estabelecia que o recolhimento do ICMS incidente sobre vendas de mercadorias, a consumidor final não contribuinte do imposto, ou seja, está-se diante do instituto jurídico da substituição tributária para frente, seria realizado no estado de origem, ou seja, de acordo com o local do estabelecimento empresarial.²²

¹⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 285.

²⁰ MENDES, Frana Elizabeth. *Imposto sobre a renda – Súmula 584 atualizada com a EC 42 e EC 45*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 516-517

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 14.

²² OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. V.2, 2. ed. especial. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 95-99.

Conforme constatado por Thompson Reuters, com a perda de arrecadação significativa dos estados de destino, pois, em razão dos incentivos fiscais, a maioria das empresas possuíam suas sedes na Região Sul e Sudeste, deixaram de receber parcela da “fatia do bolo”, bem como com o crescimento do comércio eletrônico houve redução dos negócios internos de cada ente federativo.²³

Como a questão refere-se ao ICMS, que tem como particularidade a edição de norma criada pelos Secretários Fazendários dos estados, os entes federativos das Regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Espírito Santo editaram o Protocolo n. 21/2011, estabelecendo que a diferença de alíquota do ICMS dos estados de origem e de destino, passaria a ser arrecadado por este último.²⁴

Nesse contexto, foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.628 e 4.713, sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da norma.

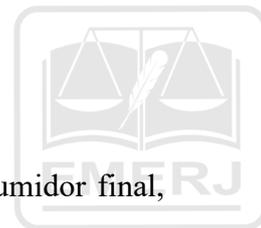
Ementa: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL (ICMS). PRELIMINAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PRESENÇA DE RELAÇÃO LÓGICA ENTRE OS FINS INSTITUCIONAIS DAS REQUERENTES E A QUESTÃO DE FUNDO VERSADA NOS AUTOS. PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011. ATO NORMATIVO DOTADO DE GENERALIDADE, ABSTRAÇÃO E AUTONOMIA. MÉRITO. COBRANÇA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PELO ESTADO DE DESTINO NAS HIPÓTESES EM QUE OS CONSUMIDORES FINAIS NÃO SE AFIGUREM COMO CONTRIBUINTES DO TRIBUTO. INCONSTITUCIONALIDADE. HIPÓTESE DE BITRIBUTAÇÃO (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VII, B). OFENSA AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO (CRFB/88, ART. 150, IV). ULTRAJE À LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (CRFB/88, ART. 150, V). VEDAÇÃO À COGNOMINADA GUERRA FISCAL (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VI). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS A PARTIR DO DEFERIMENTO DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR, RESSALVADAS AS AÇÕES JÁ AJUIZADAS. (ADI 4628, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014)²⁵

Em 2015, foi publicada a EC n. 87 que alterou o § 2º do art. 155 da Constituição Federal e incluiu o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para tratar da sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 4628*, Relator(a): LUIZ FUX. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=adi%204628&sort=_score&sortBy=desc Acesso em: 10 ago. 2023



incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado.²⁶

Essa alteração da EC n. 87/2015 gerou impacto nas operações realizada pelas Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte optantes pelo Simples Nacional, tendo em vista que foram incluídas por força da cláusula 9ª do Convênio ICMS 9, que passaram a ter obrigação de recolher o ICMS caso o destinatário não seja contribuinte do imposto, não só em relação ao estado em que está localizado, mas também em relação ao estado de destino, sendo ajuizada nova ADI n. 5.464, em que foi concedida a liminar suspendendo a eficácia da referida cláusula.²⁷

Com efeito, constata-se que o comércio eletrônico está em plena expansão, não só internamente como nas relações jurídicas travadas entre pessoas de países e legislações diferentes e soberanas.

Nessa seara, o Brasil, sem definição de uma legislação tributária clara e transparente, com base na ética e na moral, que devem pautar as condutas nas relações jurídicas, dificulta a solução de possíveis conflitos que possam ocorrer, sendo quase um impeditivo para a expansão de novos mercados.

Internamente já ocorrem guerras fiscais entre os entes federativos, gerando insegurança jurídica para o comércio físico e mais ainda para o comércio eletrônico.

O empresário diante do caos legislativo, com o ativismo judicial que em cada momento direciona suas decisões diametralmente em sentido contrário, acaba optando por criar suas empresas em locais que sentem segurança jurídica, esvaziando a oportunidade de empregos e crescimento do país como um todo.

É lamentável a falta de responsabilidade e comprometimento do Legislativo quando se coloca em uma posição de inércia sem qualquer justificativa, pois o princípio tributário da legalidade estrita impõe a atuação.

Nesse contexto, é fato notório que o comércio eletrônico vai crescer, sendo imprescindível a edição de normas tributárias específicas e em consonância com os

²⁶BRASIL. *Emenda Constitucional n. 87*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc87.htm#:~:text=Altera%20o%20C2%A7%202%C2%BA%20do%20art.%20155%20da,ou%20n%C3%A3o%20do%20imposto%2C%20localizado%20em%20outro%20Estado. Acesso em: 17 set. 2023.

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 5464*, Relator(a): Dias Toffoli. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=adi%204628&sort=_score&sortBy=desc Acesso em: 10 ago. 2023

ordenamentos jurídicos alienígenas, com a fomentação dos negócios jurídicos, alavancando o crescimento do país.

3. IMPACTO NA ECONOMIA DOS ENTES FEDERATIVOS NO ATUAL CENÁRIO LEGISLATIVO

O comércio digital traz no seu bojo particularidades em razão dos vários produtos que põe à disposição do consumidor seja ele final ou não. Com isso, as normas hoje vigentes levam as distorções na economia dos entes federativos.

Marco Antônio da Silva Menezes aponta que no comércio eletrônico ocorre “[...] transações comerciais que utilizam um conjunto de tecnologias, infraestrutura, processos e produtos visando aproximar fornecedores e consumidores em um mercado global por meio da rede mundial, refletindo bastante na economia brasileira.”²⁸

Observa-se que a legislação que foram sendo editadas não conseguiram colocar uma pá de cal nas distorções que foram criando, culminando na intensificação da “guerra fiscal” entre os entes federativos.

Flavia Vasconcellos Lanari sustenta que o comércio eletrônico compreende as seguintes relações jurídicas:

Business to business (B2B): diz respeito às transações de produtos, informações ou serviços realizados entre empresas; e Business to consumer (B2C): modelo de comércio eletrônico entre pessoa jurídica e pessoa física, muito semelhante ao tradicional mercado varejista, em que consumidores são pessoas físicas.²⁹

Constata-se que o maior conflito se encontra em relação ao negócio jurídico em que uma das partes é o consumidor final.

Em análise a 38ª edição do Webshoppers, o comércio eletrônico varejista no Brasil registrou crescimento no faturamento no patamar de R\$ 53,4 bilhões, bem como o aumento de consumidores finais de 27,4 milhões de pessoas, em 2018.

Observa-se que as regiões que mais utilizam o comércio eletrônico são as regiões cuja economia produtiva é menos favorecida, ou seja, Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ LANARI, Flávia de Vasconcellos. *A tributação do Comércio Eletrônico*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2005, p. 57.

Em termos de valores constata-se que a arrecadação do ICMS das regiões vulneráveis em que predominam o consumo na modalidade comércio eletrônico, apresentam menor concentração de riquezas comparadas com as regiões predominantemente produtoras.

Com a edição da EC n. 87/2015, após a declaração de inconstitucionalidade do Protocolo n. 21/11, o cenário econômico da distorção de concentração de riquezas deu uma suave melhora, devendo ser revisto pelo Legislador, pois, está muito aquém do necessário para uma estabilização da economia e equilíbrio entre as regiões.

A reforma tributária que visa corrigir a desproporção de arrecadação quanto ao comércio eletrônico ainda está pendente de aprovação, PEC n. 227/2008, apensada à PEC n. 31/2007.

A PEC n. 227/2008, apensada à PEC n. 31/2007 objetiva a alteração do Sistema Tributário Nacional quanto às Operações Interestaduais de Comércio Eletrônico. Contudo, encontra-se ainda em processo de tramitação sem data definida para julgamento.³⁰

Nesse contexto, embora importante o incentivo de aumento do comércio eletrônico, constata-se que, enquanto não solucionada as distorções quanto a arrecadação do ICMS referente aos negócios jurídicos em que há a presença do consumidor final em um dos lados, a repartição de rendas estará desproporcional, fazendo com que haja mais conflitos entre os entes federativos.

CONCLUSÃO

Com esse breve estudo, observa-se que a discussão está longe de ser pacificada, tendo em vista a ausência de norma que discipline a matéria quanto ao recolhimento do ICMS de forma eficaz no comércio eletrônico.

O comércio eletrônico encontra-se em grande expansão não só quanto às relações jurídicas internas como também em relação as internacionais.

Com a globalização, verifica-se que, no campo tributário, em razão dos princípios a ele inerentes, é de suma importância a definição de qual norma deve ser aplicada para os negócios jurídicos entabulados entre as partes.

Nesse contexto contemporâneo, observa-se o ativismo judicial que vem criando normas em razão da omissão do Poder legislativo, tendo em vista o não enfrentamento de temas

³⁰ BRASIL. PEC n. 227/2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao/?idProposicao=347421>. Acesso em: 17 set. 2023.



que urge uma normatização em consonância com a pacificação dos conflitos e segurança jurídica.

No Estado Democrático de Direito o que se espera é um debate democrático junto à sociedade plural e desigual.

Por óbvio que a sociedade evolui mais rapidamente do que as edições das leis, mas isso por si só não pode ser colocado como impeditivo para a abertura da discussão na sociedade, nem postergar a votação dos projetos de leis que tramitam no Congresso Nacional, como a Reforma Tributária que tanto urge que seja discutida e finalizada.

Como já afirmado acima, o comércio eletrônico está em plena expansão, não só internamente como nas relações jurídicas travadas entre pessoas de países e legislações diferentes e soberanas.

Nessa seara, o Brasil, sem definição de uma legislação tributária clara e transparente, com base na ética e na moral, que devem pautar as condutas nas relações jurídicas, dificulta a solução de possíveis conflitos que possam ocorrer, sendo quase um impeditivo para a expansão de novos mercados.

Internamente já ocorrem guerras fiscais entre os entes federativos, gerando insegurança jurídica para o comércio físico e mais ainda para o comércio eletrônico.

O empresário diante do caos legislativo, com o ativismo judicial que em cada momento direciona suas decisões diametralmente em sentido contrário, acaba optando por criar suas empresas em locais que sentem segurança jurídica, esvaziando a oportunidade de empregos e crescimento do país como um todo.

É lamentável a falta de responsabilidade e comprometimento do Legislativo quando se coloca em uma posição de inércia sem qualquer justificativa, pois o princípio tributário da legalidade estrita impõe a atuação.

Destarte, constata-se que as questões norteadoras elencadas para discussão estão longe de serem respondidas, pois ainda não se pode afirmar com segurança quais as normas jurídicas aplicadas no comércio eletrônico, o ente federativo de recolhimento (a princípio o destinatário), o que leva a instabilidade econômica.

Assim, há necessidade de novos e aprofundados estudos sobre o tema, tendo em vista que é fato notório que o comércio eletrônico em franco desenvolvimento, sendo imprescindível a edição de normas tributárias específicas e em consonância com os ordenamentos jurídicos alienígenas, com a fomentação dos negócios jurídicos, alavancando o crescimento do país.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: Unb, 1990.

BORBA, Luiz Edmundo Celso. A tributação, eletrônico-digital, levando-se em conta o ICMS: Algumas provocações acerca do fato gerador e do fundo de comércio virtual, com base no hodierno Estado de Conhecimento. *FISCO Soft online*, n. 162,03 set. 2008. São Paulo, SP: Copyright 1999-2014 FISCO Soft Editora Ltda. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/a/49rk/a-tributacao-eletronico-digital-levando-se-em-conta-o-icms-algumas-provocacoes-acerca-do-fatogerador-e-do-> Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

_____. *Código Civil de 2002*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

_____. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

_____. *Emenda Constitucional n. 87*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc87.htm#:~:text=Altera%20o%20%C2%A7%202%C2%BA%20do%20art.%20155%20da,ou%20n%C3%A3o%20do%20imposto%2C%20localizado%20em%20outro%20Estado. Acesso em: 17 set. 2023.

_____. *PEC n. 227/2008*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao/?idProposicao=347421>. Acesso em: 17 set. 2023.

_____. *Resolução n. 22*. Disponível em: Resolução n. 22 (planalto.gov.br). Acesso em: 17 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 4628*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjr304805/false>>. Acesso em: 17 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 5464*, Relator(a): Dias Toffoli. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=adi%204628&sort=_score&sortBy=desc Acesso em: 17 set. 2023

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005.



COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito comercial*. V. 3. Direito de Empresa. 22. São Paulo: Saraiva, 2014.

ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 4ª tir. Tübingen, Mohr, Siebeck, 1990.

LANARI, Flávia de Vasconcellos. *A tributação do Comércio Eletrônico*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2005.

MACHADO. Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAIA, Carlos Francisco de Sousa. Comércio eletrônico, um novo cenário para o ICMS. Revista dos Tribunais [recurso eletrônico]. São Paulo, v. 100, n. 907, p. 321-352, maio 2011. Disponível em: <<https://dspacenovo.almg.gov.br/retrieve/120218/Carlos%20Francisco%20de%20Sousa%20Maia.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2023.

MENDES, Frana Elizabeth. *Imposto sobre a renda – Súmula 584 atualizada com a EC 42 e EC 45*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MENEZES. Marco Antônio da Silva. A tributação do “e-commerce” pelo ICMS e os conflitos normativos. *REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, v. 9, n 1, p. 29-43, jan/jul. 2022. Disponível em: Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor (ucb.br). Acesso em: 17 set. 2023.

OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. V.2, 2. ed. especial - São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PACHECO. Antônio Marcelo. *Formação Humanística*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.



A PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DE ARMA DE FOGO, A PROVA INDIRETA E O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

Rodrigo Saraiva de Figueiredo

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Advogado.

Resumo – o exame da prova no processo penal brasileiro é o cerne da atividade judicante, cabendo ao órgão acusador, em regra, o ônus probatório pelo que se imputa ao acusado. Trata-se de previsão legal garantidora de um sistema de processo penal acusatório, em atenção aos princípios que o regem, previstos na Constituição da República, tais como a presunção de inocência. Desse modo, especificamente sobre os crimes que envolvem o emprego de arma de fogo, o tema do presente estudo é a análise crítica da aplicação das regras probatórias do processo penal nos casos em que não houve a apreensão do artefato bélico, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e nas controvérsias doutrinárias. A metodologia do presente estudo se traduz em uma pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, realizada por meio de livros, artigos acadêmicos, periódicos e sites especializados que tratam do tema escolhido.

Palavras-chave – Processo Penal. Ônus da Prova. Arma de Fogo.

Sumário – Introdução. 1. O ônus da prova o processo penal brasileiro. 2. A prescindibilidade da apreensão e perícia da arma de fogo para as condenações criminais relativas aos delitos patrimoniais. 3. Da inversão do ônus probatório *contra legem* como medida de política criminal nos delitos envolvendo arma de fogo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca discutir a prova no processo penal em relação aos crimes praticados com o emprego de arma de fogo. Procura-se analisar o tema com base na jurisprudência dos Tribunais Superiores que definiu a prescindibilidade da apreensão da arma de fogo para que seja verificada a materialidade do delito. A questão deve ser analisada sob um viés crítico, observando as recentes alterações legislativas relacionadas ao tema, bem como as contradições e incertezas quanto às consequências do entendimento firmado.

A arma de fogo é instrumento corriqueiramente empregado na prática de delitos, seja naqueles contra a vida ou ainda em delitos patrimoniais. Em razão da sua maior potencialidade lesiva e intimidatória, seu uso merece maior reprimenda por facilitar a execução do delito. Muito por isso, recentes alterações legislativas promoveram um incremento de pena quando determinados crimes são praticados com o emprego de arma de fogo, variando o incremento de acordo com o tipo de arma empregada.

Por sua vez, a jurisprudência dos Tribunais Superiores dispensa a apreensão da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa para ter como configurada a materialidade do crime, desde que o emprego seja demonstrado por outros meios de prova. Dessa forma, a potencialidade lesiva da arma é presumida, ainda que não haja qualquer indício de possibilidade de uso, pela mera indicação de que o sujeito estava com uma arma de fogo durante o cometimento do delito.

Dado o exposto acima, aponta-se haver inversão do ônus da prova, por mais que os Tribunais Superiores afirmem seguir os termos do art. 156 do CPP – no sentido de que o acusado deve provar o que alega. Surge, aqui, o primeiro questionamento: o ônus de provar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no cometimento de determinado delito é um dever do acusado, nos termos do art. 156 do CPP, ou deve ser do órgão acusador? Apesar de prevalecer nos Tribunais Superiores o entendimento de que cabe ao acusado provar a ausência de potencialidade lesiva da arma de fogo, o tema é controvertido à luz dos princípios que guiam o processo penal e sua instrução probatória e merece atenção.

No primeiro capítulo deste artigo, busca-se analisar o ônus da prova no processo penal brasileiro, com base no entendimento doutrinário e jurisprudencial, a partir de um viés acusatório de processo, pelo qual se resguardam direitos fundamentais das partes envolvidas e, principalmente, do acusado – enxergado como sujeito de direitos. Analisa-se e identifica-se os polos do processo penal, definindo-se a quem cabe o ônus de provar o que está posto.

Já no segundo capítulo, toma-se como ponto de partida as variáveis relacionadas ao ônus probatório, como a possibilidade de verificar, por outros meios de prova, a materialidade do crime de posse ou porte de arma de fogo ou ainda da causa de aumento do crime de roubo pelo emprego de arma de fogo, é necessário analisar qual seria o *standard* probatório exigido para tal. Além disso, dadas as alterações promovidas na legislação penal no que tange aos crimes que envolvam o emprego de arma de fogo, com a distinção feita entre as espécies de arma – uso permitido, restrito ou proibido, seria possível definir, sem a apreensão, qual espécie foi utilizada?

A importância em definir tal questão está no fato de que, ao definir a espécie de arma utilizada, há variações quanto à pena do acusado, bem como quanto ao cumprimento de pena no curso da execução penal. Isso se dá porque, a depender do tipo utilizado, a prática criminosa poderá ser definida como crime comum ou hediondo ou, ainda, receber majoração diversa quando da fixação da pena.

Por fim, no terceiro capítulo do artigo, analisa-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema, apontando suas contradições e incertezas não condizentes ao que se

espera do processo penal, dado todo o arcabouço teórico fundado nos princípios da segurança jurídica e o *in dubio pro reo*.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Conforme há muito exposto por autores como Afrânio Silva Jardim, o processo penal foi historicamente marcado pela busca da verdade real¹. Tal busca foi e vem sendo criticada pela doutrina e hoje tem prevalecido uma leitura garantista do processo penal, falando-se em busca da verdade processual.²

Dentro desse contexto, analisa-se o ônus processual e, especificamente, o ônus da prova, tratada por Afrânio como “a faculdade que tem a parte de demonstrar, no processo, a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal”.³

O Código de Processo Penal brasileiro traz a ideia de ônus da prova em seu artigo 156, *caput*, primeira parte, ao afirmar que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer⁴. Assim, no processo penal, ao menos em regra, é ônus do órgão acusatório a prova daquilo que está posto na denúncia.

Aponta o professor Adalberto José de Camargo Aranha, lembrado por Afrânio, que antes de discutir ônus da prova e a acusação penal, é necessário identificar o que as partes

¹ JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. In: *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça*, Rio de Janeiro, nº 23, p. 26-44, jan./jun. 1986. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-23-fase-2/artigo-das-pags-26-44>>. Acesso em: 21 set. 2023.

² LOPES JUNIOR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>>. Acesso em: 21 set. 2023., p. 167.

³ JARDIM, *op. cit.*, p. 30.

⁴ BRASIL. *Código de Processo penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

devem alegar – o que o Ministério Público deve provar em sua peça de acusação e o que cabe à defesa.⁵

De um lado, traça-se paralelo com o direito processual civil, como faz o próprio Afrânio. De outro, busca-se aplicar a teoria geral do processo civil no âmbito do processo penal. Ocorre que, apesar de normas procedimentais e jurídicas, são processos que tutelam interesses bem diferentes.

O processo penal, em especial, é aquele que, ao fim, busca a condenação do acusado. Discutir a prova no processo penal é trazer a análise do magistrado ao centro do estudo. Trata-se, ao fim, da busca pelo convencimento do magistrado por meio das provas produzidas no curso processual.

Dentro do exame do processo decisório e da análise probatória no processo penal, necessário se ater aos princípios basilares do processo penal que, por vezes, não se aplicam ao processo civil. Dito isso, tem-se, por exemplo, o princípio do *in dubio pro reo*. É princípio que está totalmente relacionado à instrução probatória.

Assim, não sendo o Ministério Público capaz de arcar com seu ônus, não há que se falar em condenação, levando a dúvida a uma absolvição autorizada pelo art. 386 do CPP⁶. Segundo Afrânio, o réu possui a faculdade de negar os fatos alegados pela acusação, não podendo, em caso de omissão, serem presumidos verdadeiros.⁷ Da inteligência do que diz o autor, pode-se traçar paralelo com o silêncio do acusado durante a instrução probatória. Não pode o magistrado presumir, diante do silêncio em interrogatório, a veracidade das alegações. Os fatos imputados devem continuar a ser objeto de prova da acusação.

Reforça-se, portanto, o ônus da prova do órgão acusatório no processo penal brasileiro e “a dúvida sobre os chamados “fatos da acusação” leva à improcedência da pretensão punitiva, independente do comportamento do réu.”⁸

Conforme exposto acima, o artigo 156 do CPP é claro ao dizer que o ônus da prova incumbe a quem alega um fato. As alegações, no processo penal, são feitas, sob o prisma processual, pela acusação. Ainda que o acusado traga fatos ou versões dos fatos que destoem do que foi dito pela acusação, tais devem ser entendidos apenas como negação dos fatos alegados na denúncia ou queixa.⁹

⁵ JARDIM, *op. cit.*, p. 35.

⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 4.

⁷ JARDIM, *op. cit.*, p. 39

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.



Nesse contexto, definidos os papéis no processo penal, tem-se que a legislação exige do órgão acusador uma imputação ao réu com todas as suas nuances, com base no conceito analítico de crime, demonstrando ser o fato típico, ilícito e culpável, bem como trazendo as circunstâncias relevantes à elucidação do crime. Ademais, deve o Ministério Público, já em sede de denúncia, trazer elementos mínimos de prova que fundamentem a imputação criminal.

E não só em denúncia. Em razão da distribuição do ônus da prova no processo penal, nos termos do art. 156 do CPP, deve a acusação, ao longo do processo, provar o que alega e não o contrário.

Não cabe ao acusado comprovar, diante de simples alegações do Ministério Público ou um suporte probatório deficiente, que não cometeu determinada conduta ou as circunstâncias do caso concreto não ocorreram conforme narrado pela acusação.

É nesse sentido que, a partir do próximo capítulo, traçar-se-á paralelo entre a discussão sobre o ônus da prova no processo penal e a jurisprudência punitivista dos tribunais brasileiros. É comum observar verdadeira inversão do ônus da prova no processo penal e, em especial, em jurisprudência sobre crimes envolvendo o uso de arma de fogo, verifica-se um desvirtuamento do que até então seria uma alternativa ao julgador diante de ausência de apreensão da arma.

Conforme se verá adiante, o Superior Tribunal de Justiça, ao se posicionar sobre situação na qual se discutia a prova no processo penal, definiu a possibilidade de se provar por meio diverso da apreensão e perícia o emprego de arma de fogo. Fato esse que não retirou do Ministério Público o ônus *probandi* sobre a imputação original – de que o sujeito praticou o crime imputado com o emprego de arma de fogo. O que se vê é que os tribunais, a partir de tal entendimento, realizam verdadeira inversão do ônus da prova, impondo ao acusado o ônus de provar não ser verdadeiro o alegado pela acusação.¹⁰

2. A PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO PARA AS CONDENAÇÕES CRIMINAIS RELATIVAS AOS DELITOS PATRIMONIAIS

O ônus probatório no processo penal é tema de especial relevância em crimes cometidos com o emprego de arma de fogo. Isso porque não raro tais crimes são cometidos às escuras, situações nas quais a arma não será apreendida. Aqui, distinção se faz em relação aos

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *AgRg em AREsp n. 1.286.741/PI*. Relatora: Ministro Maria Thereza de Assis Moura. Acesso em: 14 mar. 2023.

crimes de posse ou porte de arma de fogo, previstos na Lei n. 10.826/03¹¹, normalmente imputados ao agente que é encontrado com o artefato bélico. Por isso, as considerações a seguir merecem especial atenção principalmente quando diante de crimes patrimoniais com o emprego de arma de fogo.

Diante do quadro apresentado, surge situação já muito enfrentada pelo judiciário brasileiro sobre o emprego ou não da arma de fogo na prática criminosa. Isso porque quando há a imputação do emprego da arma pelo Ministério Público, a defesa, de modo geral, nega haver o emprego da arma quando essa não é apreendida. A negativa, quando existem testemunhas ou vítimas que apontem o uso da arma de fogo, baseia-se na dúvida sobre o potencial lesivo daquele artefato. Não havendo provas sobre o potencial lesivo daquela arma, gera-se dúvida quanto a sua caracterização como arma de fogo.

Feita uma breve introdução, pontua-se que o Superior Tribunal de Justiça¹² e o Supremo Tribunal Federal¹³, diante dessa questão, têm posicionamento no sentido de que a apreensão e perícia da arma de fogo para a caracterização da majorante prevista no artigo 157, §2º, inciso I, do Código Penal, é prescindível, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego.

Dessa forma, os Tribunais Superiores sanaram controvérsia comum nos tribunais locais sobre a possibilidade ou não de aplicar a majorante prevista ao crime de roubo quando não apreendida a arma de fogo. Com o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores, havendo prova testemunhal sobre a utilização do artefato bélico na prática do crime, o magistrado pode e deve considerar tal circunstância para a imputação penal.

Tal discussão tem paralelo com os crimes previstos na Lei n. 11.343/06 – Lei de Drogas. Isso porque em tal lei há expressa previsão sobre a necessidade de haver laudo toxicológico para a caracterização dos crimes de tráfico de drogas e afins. A lei prevê, inclusive, procedimento próprio de perícia prévia e definitiva, sem os quais não é possível imputar ao acusado a prática dos crimes ali previstos.¹⁴

¹¹ BRASIL. *Lei n. 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>. Acesso em: 27 jul. 2023.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg em AREsp n. 1.286.741/PI*. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1729681&num_registro=201801022315&data=20180802&peticao_numero=201800290086&formato=PDF>. Acesso em: 14 mar. 2023

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 96.099-5/RS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595388>>. Acesso em: 14 mar. 2023

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp n. 1.544.057/RJ*. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em:

Ocorre que não há qualquer previsão nesse sentido para os crimes no geral ou, especialmente, para os crimes patrimoniais. Trata-se, evidentemente, de uma escolha legislativa quanto aos crimes que envolvem materiais entorpecentes. Dessa forma, os tribunais consolidaram jurisprudência no sentido de ser dispensável a apreensão da arma de fogo se, por outros meios probatórios, for possível a comprovação de seu emprego.

Trata-se de discussão que gira em torno da carga valorativa da prova, merecendo ressalva quanto ao sistema de valoração de provas adotado pelo sistema processual penal brasileiro. O Código de Processo Penal brasileiro adotou expressamente, no artigo 155, o sistema do livre convencimento motivado¹⁵, rompendo com o sistema da íntima convicção e da prova tarifada – apesar de haver resquícios desses sistemas em nosso ordenamento jurídico, como ocorre, respectivamente, no Tribunal do Júri e crimes envolvendo substâncias entorpecentes. O clássico exemplo dado pela doutrina é não mais se considerar a confissão como a rainha das provas, gerando situações nas quais a confissão, em conflito com demais elementos probatórios contrários ao que foi confessado, não necessariamente prevalecerá. Em suma, não há hierarquia entre as provas¹⁶.

Dispensada a apreensão e perícia da arma de fogo para que se constate seu emprego na prática delituosa, seu emprego deve ser constatado pelos demais meios de prova previstos em nossa legislação¹⁷. Dentre eles, a prática nos mostra ser o depoimento da vítima e das testemunhas o principal meio de prova utilizado no processo penal para imputar a conduta do emprego de arma de fogo ao acusado. Considerando o sistema de valoração probatório adotado pelo Código Processual Penal brasileiro, não há qualquer óbice para que a palavra de quem presenciou os fatos seja considerada para basear uma condenação penal.

Inclusive é dessa maneira que os tribunais atuam quase que de forma integral quando diante de crimes patrimoniais. Quanto à dinâmica delituosa, a palavra da vítima possui determinante valor probatório¹⁸, visto que raras são as situações nas quais tais crimes são

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1542772&num_registro=201501734967&data=20161109&formato=PDF. Acesso em: 01 ago. 2023.

¹⁵ BRASIL. *Código de Processo penal*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01 ago. 2023.

¹⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9786559770526. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/>>. Acesso em: 01 ago. 2023. p. 509.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp n. 1.544.057/RJ*. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1542772&num_registro=201501734967&data=20161109&formato=PDF>. Acesso em: 01 ago. 2023.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 1250627 / SC*. Relator Min. Jorge Mussi. Disponível em: <



gravados ou visualizados por autoridades policiais e outras testemunhas. Desse modo, segue-se tal linha quando se afirma o uso de arma de fogo no cometimento do crime.

Especial atenção merece o fato de que a arma de fogo não é qualquer artefato que se assemelhe a uma arma de fogo. A Lei n. 10.826/03 deixou a cargo de ato do chefe do Poder Executivo Federal, mediante proposta Comando do Exército, a definição legal do que se considera arma de fogo, trazendo-a por meio de portaria¹⁹, conceituando-a como “arma que dispara projéteis”. Assim, qualquer equipamento similar que não dispara projéteis é mero simulacro de arma de fogo, também esse conceituado por portaria do Exército, sendo “objeto que visualmente pode ser confundido com uma arma de fogo, mas que não possui aptidão para a realização de tiro de qualquer natureza”²⁰.

Vistos os conceitos acima, imputar ao acusado a prática de crime com o emprego de arma de fogo exige que seja demonstrada a capacidade de disparar projéteis. Sem isso, o potencial lesivo daquele instrumento se equivale a uma arma branca. Não à toa o Código Penal prevê frações de aumento diferentes quando há o emprego de arma de fogo e quando se utiliza arma branca²¹, com fundamento na proporcionalidade e lesividade das condutas.

Das constatações acima expostas, identifica-se situação controversa quanto ao *standard* probatório necessário para que seja imputada a prática delituosa com o emprego de arma de fogo. Dada a desnecessidade de apreensão e perícia do artefato para que se condene pelo emprego da arma, questiona-se aqui qual seria o arcabouço probatório suficiente para demonstrar ter havido o emprego de arma de fogo – e não de qualquer outro instrumento que se assemelhe a uma arma de fogo.

Tal controvérsia chegou aos tribunais brasileiros e esses, com base na supervalorização da palavra da vítima, consideram, cotidianamente, o depoimento da vítima do crime patrimonial suficiente para condenar o agente pelo emprego do artefato bélico. No entanto, conforme será visto a seguir, a aplicação da jurisprudência dos Tribunais Superiores quanto à apreensão e perícia da arma de fogo acima exposta vem sendo empregada de modo a realizar inversão do ônus da prova não autorizada em lei.

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800373907&dt_publicacao=11/05/2018>. Acesso em: 01 ago. 2023.

¹⁹ BRASIL. Ministério Da Defesa. Exército Brasileiro. Gabinete Do Comandante. *Portaria n. 001 - COLOG*, de 17 janeiro 2006. Disponível em: <http://www.dfpc.eb.mil.br/phocadownload/Portarias_EB_COLOG/Portaria%20001-DLog-17Jan06.pdf> Acesso em: 01 ago. 2023.

²⁰ BRASIL. *Portaria n. 002 - COLOG*, de 26 fevereiro 2010. Disponível em: <http://www.dfpc.eb.mil.br/phocadownload/Portarias_EB_COLOG/Portaria_002-COLOG_de_26Fev10.pdf> Acesso em: 01 ago. 2023.

²¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

3. DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO *CONTRA LEGEM* COMO MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL NOS DELITOS ENVOLVENDO ARMA DE FOGO

Imputações de delitos envolvendo o emprego de arma de fogo são das mais comuns nos tribunais brasileiros e, considerando a maior periculosidade e lesividade do meio empregado, exigem do Estado uma maior reprimenda a esse fato. O Legislativo vem, ao longo das últimas décadas, promulgando leis que endurecem o tratamento àqueles crimes praticados com armas, em especial no que diz respeito aos delitos patrimoniais. Na mesma toada segue o Judiciário que, ao aplicar a norma penal positivada e ao considerar as circunstâncias sociais, pune de forma mais severa aqueles delitos envolvendo o emprego de arma de fogo.

Nos últimos anos houve consideráveis alterações legislativas quanto ao emprego de arma de fogo nos crimes contra o patrimônio, em especial no crime de roubo, distinguindo-se práticas envolvendo armas brancas, armas de uso permitido e armas de uso restrito ou proibido. Houve também a inclusão do tipo penal do roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo no rol de crimes hediondos, alterações promovidas principalmente pela Lei. n. 13.654/18²² e Lei n. 13.964/19 – essa popularmente conhecida como “pacote anticrime”.²³

Verifica-se, portanto, haver verdadeira política de endurecimento no tratamento dos crimes patrimoniais envolvendo o emprego de arma de fogo e o judiciário não está alheio a essa política estatal. No entanto, dentro do seu papel, deve seguir o que dispôs o legislador, atento ao seu papel de aplicador da lei dentro da discricionariedade que lhe é concedida.

Conforme visto nos capítulos anteriores, os crimes que envolvem armas de fogo são crimes, em regra, praticados às escuras, dificultando a reunião de provas que indiquem, com total clareza, a dinâmica dos fatos, motivo pelo qual se valoriza, especialmente, a palavra da vítima. No entanto, valorizar o depoimento da vítima significa presumir que o objeto empregado na prática delituosa era de fato uma arma de fogo com potencial bélico?

²² BRASIL. *Lei n. 13.654/18*, de 23 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13654.htm#art1>. Acesso em: 19 nov. 2023.

²³ BRASIL. *Lei n. 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

Para o STJ, parece que sim. Em seus julgamentos sobre o tema²⁴²⁵, costuma considerar a palavra da vítima no sentido de que o condenado portava arma na prática do roubo, bastando tal depoimento. Presume-se, portanto, o potencial bélico do instrumento utilizado na prática delituosa para qualificar o tipo penal. Assim, impõe ao acusado “demonstrar que arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.”²⁶

Portanto, a jurisprudência que prevalece na corte superior é no sentido de se inverter o ônus da prova, ou seja, impor ao acusado o ônus de comprovar que o instrumento empregado na prática delituosa não é uma arma de fogo, ou seja, que não possui potencial bélico. Em outras palavras, caso a vítima informe ter visto artefato ao menos similar a uma arma de fogo, cabe ao acusado demonstrar não ser uma arma de fogo, mas uma arma de brinquedo ou ainda a ausência de potencial bélico.

Cabe destacar aqui entendimento mencionado em determinadas ocasiões de que, ainda que não se demonstre o potencial bélico do artefato, seria possível impor ao acusado o emprego de arma de fogo, posto que, mesmo sem a capacidade de disparar projéteis, pode ser utilizada para coronhadas. Trata-se, evidentemente, de argumentação que viola diretamente a proporcionalidade e a legalidade. O tratamento mais severo dado ao emprego de arma de fogo é, evidentemente, em razão do seu potencial bélico, dado a lesividade ao bem tutelado nessa hipótese – concepção objetivista, adotada por Heleno Claudio Frago, Guilherme de Souza e Cezar Roberto Bittencourt²⁷.

Por outro lado, existe entendimento de que deve o emprego do artefato ser considerado como uma arma de fogo, independente da sua potencialidade bélica – concepção subjetivista.²⁸ Para essa corrente, o simples fato de estar empregando instrumento similar a uma arma de fogo já seria suficiente para configurar a qualificadora do emprego de arma de fogo, posto que, de

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg em AREsp n. 1.286.741/PI*. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1729681&num_registro=201801022315&data=20180802&peticao_numero=201800290086&formato=PDF>. Acesso em: 14 mar. 2023

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp n. 961.863/RS*. Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça de São Paulo). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900332734&dt_publicacao=06/04/2011> Acesso em: 05 set. 2023.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ SANTOS, Marcos Paulo D. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. p. 618-619

²⁸ *Ibidem*.

forma subjetiva, já produz os efeitos intimidatórios de uma arma de fogo real. Parte da doutrina, capitaneada pelo eminente doutrinador Nelson Hungria, caminha nesse sentido.²⁹

Os Tribunais Superiores, alinhados, adotaram a concepção objetiva em torno da razão de ser da causa de aumento da pena³⁰. Dessa forma, deve o artefato empregado ter potencialidade lesiva à vítima para que seja considerada a causa de aumento, sob pena de incorrer em *bis in idem*. Caso adotada a concepção subjetiva, tomando a intimidação da vítima como parâmetro, estar-se-ia considerando a grave ameaça, elementar do tipo penal do crime de roubo, também na terceira fase da dosimetria da pena.

Apesar de o tema ter sido amplamente debatido nos Tribunais Superiores, as novidades legislativas o trazem à tona novamente. Hoje, o Código Penal e o Estatuto do Desarmamento possuem toda uma classificação acerca do tipo do artefato bélico empregado na prática delitiva ou, ainda, se se tratava de uma arma branca, ou seja, sem a capacidade de disparar projeteis, como uma faca.

Hoje, diante das distinções feitas pelo legislador, categorizando os instrumentos empregados nas práticas delitivas, presumir o enquadramento daquele artefato apenas pelo apontamento da vítima que o agente estava empregando um instrumento, ainda que similar a uma arma de fogo, é, por certo, parte de uma política criminal que ignora a estrita legalidade do direito penal.

Nesse contexto, hoje se classifica a arma de fogo em três espécies: uso permitido, uso restrito e uso proibido³¹. Como se daria, por exemplo, a imputação caso a arma não fosse apreendida? Poderia aplicar aqui a máxima do *in dubio pro reo* e categorizar a arma como de uso permitido? Parece ser um contrassenso aplicar tal raciocínio quando, antes, se utilizou justamente o contrário para a imputação do emprego de arma de fogo.

É justamente em cima desse raciocínio que o professor Marcos Paulo, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, sustenta que, quanto à causa de aumento prevista no § 2º-B do art. 157 do Código Penal, a “[...] a prova oral, em regra, não bastará à sua incidência, pois, por mais que o lesado e as testemunhas informem ter havido arma de fogo, não possuem conhecimento técnico, nem normativo, para afiançar se seria de uso restrito ou proibido. A regra, nesses casos, passa a ser a apreensão e a perícia [...]”³².

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 695.515/RJ*, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, v.u., j. 1.12.92, DJU 12.3.93 p. 3561

³¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 11.

³² SANTOS, Marcos Paulo D. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. p. 634/635.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar os efeitos de se reconhecer como prescindível a apreensão e perícia de arma de fogo nos crimes que envolvam seu emprego e os seus desdobramentos na aplicação da lei penal e na análise do ônus probatório no processo penal. Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina e jurisprudência, evidenciar que o tema não é unânime e que provoca relevantes discussões.

Verificou-se que o processo penal brasileiro adota o sistema acusatório, por meio do qual se impõe ao órgão acusador o ônus de comprovar aquilo que traz na acusação, não cabendo ao acusado provar que o que se alega não é verdade. Trata-se de verdadeira regra probatória garantidora de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tais como a presunção de inocência.

Nesse aspecto, os crimes cometidos com o emprego de arma de fogo ganham especial relevância, posto que a praxe é a não apreensão e perícia do instrumento utilizado na prática delitiva. Justamente por isso os Tribunais Superiores consolidaram entendimento no sentido de que não é necessária a apreensão e perícia da arma de fogo para que se impute ao acusado o seu emprego, bastando que o conjunto probatório indique seu emprego. Ocorre que, na prática, inverte-se por completo o ônus da prova, admitindo-se, em regra, a mera indicação da vítima de que o acusado estava empregando instrumento com as características de uma arma de fogo para que seja configurado seu emprego.

Tal interpretação não estaria equivocada se somente fosse considerado o aspecto intimidador do artefato. No entanto, a caracterização do emprego de arma de fogo no direito penal leva em conta não somente seu caráter intimidador, mas também seu potencial lesivo. Caso assim não fosse, o legislador não perderia tempo distinguindo, no crime de roubo, os tipos de arma, posto que todas essas possuem um forte caráter intimidador em situações cotidianas. A diferença, porém, está na lesividade do meio empregado em relação ao bem jurídico tutelado.

Dessa forma, tendo em vista ser necessário observar o caráter lesivo do instrumento utilizado na prática delitiva, pressupor a lesividade com base em mera afirmação da vítima de que o acusado portava artefato com as características de uma arma de fogo, sem que tenha havido o uso ou ainda uma possibilidade de observá-la com atenção, fixa um *standard* probatório ínfimo para uma condenação criminal final.

Trata-se de política criminal adotada pelos tribunais do país diante das nuances do cotidiano, dada a extrema dificuldade de se obter provas robustas em casos, por exemplo, de



roubo com o emprego de arma de fogo. A consequência prática da política adotada foi, verdadeiramente, a imposição ao acusado de provar a ausência de potencialidade bélica do instrumento empregado na prática delitiva.

Não há dúvidas da legalidade da consideração de outros meios de prova para sanar a ausência de apreensão e perícia da arma de fogo, posto que o ordenamento jurídico pátrio não faz qualquer exigência nesse sentido, como faz, por exemplo, nos crimes que envolvem a apreensão de entorpecentes. No entanto, considerar outros meios de prova não significa tornar o depoimento da vítima, sem maiores detalhes, prova cabal. Significa uma análise concreta das provas colhidas para que se chegue, sem dúvida razoável, à verdade dos fatos.

Portanto, a aplicação do entendimento firmado pelas cortes superiores tem se mostrado de dúbia legalidade com base na norma disciplinadora do ônus probatório no processo penal, prevista no art. 155 do Código de Processo Penal. Acaba-se por inverter o ônus da prova e impor ônus excessivo ao acusado, violando-se, ainda, o princípio constitucional da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Lei n. 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Lei n. 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Código de Processo penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Lei n. 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Lei n. 13.654*, de 23 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13654.htm>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 96.099-5/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:



<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595388>>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 69515/RJ*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1539907>> Acesso em: 08 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg em AREsp n. 1.286.741/PI*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://processo.stf.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1729681&num_registro=201801022315&data=20180802&peticao_numero=201800290086&formato=PDF>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Gabinete Do Comandante. *Portaria n. 001 - COLOG*, de 17 janeiro 2006. Disponível em: <http://www.dfpc.eb.mil.br/phocadownload/Portarias_EB_COLOG/Portaria%20001-DLog-17Jan06.pdf> Acesso em: 01 ago. 2023.

_____. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Gabinete Do Comandante. *Portaria n. 002 - COLOG*, de 26 fevereiro 2010. Disponível em: <http://www.dfpc.eb.mil.br/phocadownload/Portarias_EB_COLOG/Portaria_002-COLOG_de_26Fev10.pdf> Acesso em: 01 ago. 2023.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial – arts. 121 a 212. v.2*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555596045. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596045/>>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Arma de fogo de uso restrito agora qualifica o homicídio*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-06/relacoes-consumo-arma-fogo-uso-restrito-agora-qualifica-homicidio>>. Acesso em: 14 mar. 2023.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. V. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. *In: Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça*, Rio de Janeiro, nº 23, p. 26-44, jan./jun. 1986. Disponível em: < <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-23-fase-2/artigo-das-pags-26-44>>. Acesso em: 21 set. 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo J. *Investigação preliminar no processo penal*, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. ISBN 9788502225992. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502225992/>>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>>. Acesso em: 21 set. 2023.



MARTELLETO, Fernando Campelo. *A Lei 13.654 e a majorante do emprego de arma no crime de roubo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-04/fernando-martelleto-majorante-uso-arma-crime-roubo#author>>. Acesso em: 14 mar. 2023.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9786559770526. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

SANTOS, Marcos Paulo D. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.



DESAFIOS E AVANÇOS NO COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL: IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 E AS NOVAS PERSPECTIVAS DA LEI N. 14.340/2022

Rosani Silva Lannes

Graduada pela Universidade Cândido Mendes
– Campus Ipanema. Advogada.

Resumo – A alienação parental, reconhecida oficialmente pela Lei n. 12.318 de 2010, prejudica o desenvolvimento de crianças e adolescentes, pois, são manipuladas para nutrir hostilidade contra um dos genitores. Geralmente, é perpetrada pelo genitor que detém a guarda, o qual difama o genitor alienado e obstrui o contato saudável entre pai/mãe e filho. Apesar da proteção Constitucional, bem como da tutela protetiva do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, a alienação parental só recebeu atenção com a Lei da Alienação Parental. Esta lei introduziu ferramentas legais para combater o fenômeno como é o caso da visitação assistida e das avaliações psicológicas, porém, enfrentou inúmeros debates, dentre eles o concernente à sua base científica. Em 2022, a Lei n. 14.340 alterou a Lei da Alienação Parental, fortalecendo a proteção das crianças e adolescentes com requisitos mais rigorosos e benéficos visando o bem estar da criança. A pandemia da COVID-19 foi um fator que agravou os casos de alienação e fez crescer o número de situações levadas ao judiciário brasileiro, aumentando substancialmente as disputas judiciais; todavia, as leis protetivas buscam salvaguardar os direitos das crianças, apesar das controvérsias. Desse modo, é possível ver que o tema da alienação parental continua em debate, de modo que o aprimoramento das normas e das práticas interdisciplinares destinadas ao combate desse mal deve ser incentivado na sociedade em busca de uma maior efetividade dos direitos das crianças e dos adolescentes, mormente para resguardar os fundamentos legais e constitucionais do Direito de Família.

Palavras-chave – Direito de Família. Alienação Parental. Proteção à Criança e ao adolescente. Lei n. 12.318/10. Lei n. 14.340/2022. Covid-19.

Sumário – Introdução. 1. Alienação Parental: impactos nas famílias e nas responsabilidades estatais na sociedade contemporânea. 2. Garantindo os direitos da criança e do adolescente: a relevância de uma lei específica sobre alienação parental no Brasil. 3. Repensando a Lei da Alienação Parental: entre o aprimoramento e o retrocesso. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a analisar a problemática da alienação parental, um fenômeno social presente em muitas famílias, caracterizado pela manipulação exercida por um dos genitores ou, outro responsável, pelo filho menor de idade com o objetivo de prejudicar o outro genitor. No Brasil, a Lei n. 12.318, promulgada no ano de 2010, regulamenta os atos de alienação parental e estabelece mecanismos para detecção e tratamento dessa problemática.

O capítulo inaugural desta obra explora a alienação parental, um fenômeno intrincado e muitas vezes devastador nas vidas de crianças e adolescentes, à luz das dinâmicas familiares e das responsabilidades estatais. À medida que os padrões familiares evoluem e as questões de

guarda, divórcio e dissoluções conjugais se tornam mais proeminentes, a alienação parental emerge como uma questão que transcende o âmbito privado, ecoando nas responsabilidades do Estado na proteção dos direitos fundamentais das crianças. Este capítulo examina os impactos da alienação parental nas famílias modernas e nas políticas públicas, lançando as bases para uma análise abrangente desse tema crucial.

O segundo capítulo deste artigo mergulha profundamente na discussão sobre a proteção dos direitos da criança e do adolescente, contextualizando a importância de uma legislação específica sobre alienação parental no cenário brasileiro. Com base na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que reconhecem a família como a base da sociedade e estabelecem diretrizes claras para a proteção das crianças, este capítulo explora como a alienação parental pode se tornar uma ameaça a esses direitos fundamentais. Além disso, examina os desafios e as implicações de uma lei específica para combater a alienação parental, equilibrando a proteção dos direitos da criança com as preocupações em relação à justiça e ao devido processo legal.

O terceiro e último capítulo deste artigo provoca uma reflexão sobre a evolução da Lei da Alienação Parental no Brasil. Desde sua promulgação até as alterações mais recentes, essa lei tem sido objeto de debates e controvérsias. Este capítulo explora os desafios e as oportunidades associados ao aprimoramento da legislação, levando em consideração os interesses das crianças, dos genitores e da sociedade como um todo. Além disso, examina as preocupações em relação a possíveis retrocessos e impactos indesejados. O objetivo é fornecer uma visão abrangente do estado atual da Lei da Alienação Parental no Brasil, estimulando um diálogo construtivo sobre seu papel na proteção dos direitos das crianças e na promoção de relações familiares saudáveis e equilibradas.

Em relação à metodologia de pesquisa, o rigor da pesquisa científica implica na correta aplicação da metodologia científica, pois será ela que dará a confiabilidade científica à pesquisa, protegendo-a da subjetividade do pesquisador e propiciando a produção de conhecimentos válidos e científicos.

Nesse sentido, a metodologia de pesquisa atinente a este estudo adota uma abordagem qualitativa-explicativa, envolvendo análise da doutrina, da legislação e de artigos jurídicos relacionados à alienação parental. A pesquisa se apoia na bibliografia pertinente à temática, considerando a fase exploratória que incluiu revisão da legislação, da doutrina, de publicações online e da jurisprudência, a fim de sustentar sua tese de maneira fundamentada e cientificamente válida.

1. ALIENAÇÃO PARENTAL: IMPACTOS NAS FAMÍLIAS E NAS RESPONSABILIDADES ESTATAIS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A primeira definição de alienação parental foi concebida em 1985 pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner¹. No Brasil, foi a partir de 2006 que se iniciou uma ampla discussão no âmbito da justiça sobre a questão da alienação parental². A prática da alienação parental surge, na maioria das vezes, após rupturas dos vínculos conjugais, em processos de divórcios, separações conjugais e dissoluções de uniões estáveis, e impacta prejudicialmente no desenvolvimento da criança ou adolescente em seus aspectos físicos e mentais³.

A alienação parental consiste na campanha de ódio e desamor promovida por um genitor – ou outro familiar responsável – em face do outro genitor, na qual a criança/adolescente é utilizada como instrumento de vingança⁴. Para Rolf Madaleno e Ana Carolina Carpes Madaleno, o genitor pratica atos de manipulação para que a criança/adolescente, injustificadamente, crie ódio e repulsa pelo outro progenitor⁵.

Nessa esteira, um dos fatores que desencadeia a alienação parental são as diversas configurações familiares, pois elas dão lugar a relacionamentos interpessoais complexos e, conseqüentemente, a um grande número de conflitos objetivos e subjetivos. Nesse ponto, a psicóloga Lenita Duarte exemplifica essas novas uniões familiares como as “[...] monoparentais, reconstruídas – ou pluriparental –, recompostas, homoafetivas [...], onde estão presentes filhos biológicos e pais socioafetivos, “padrastos, madrastas”⁶.

Ademais, Rolf e Ana Carolina acrescentam como novas entidades familiares a anaparental – proveniente, por exemplo, da união de esforços de duas irmãs que convivem sob o mesmo teto –, e a família paralela – proveniente do concubinato – que produz efeitos jurídicos como as demais e não pode ser negada ou deixada de lado⁷.

Na prática da alienação parental, de um lado está o genitor alienador que, na maioria das vezes, é o genitor guardião – ou pode ser outro familiar responsável pelo menor – e do outro lado encontra-se o genitor alienado, que é progenitor não guardião, ou seja, aquele que passa

¹MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina. *Alienação parental: importância da detecção: aspectos legais e processuais*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2022, p. 29.

²ROCHA, Edna Fernandes da. *Serviço social e alienação parental: contribuições para a prática profissional*. São Paulo: Cortez, 2022, p. 65.

³BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Proteção da criança na dissolução da sociedade conjugal*. Brasília, 2022, p. 18-19.

⁴DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *Mediação na alienação parental: a psicanálise com crianças no judiciário*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2020, p. 1 e 71.

⁵MADALENO, *op. cit.*, p. 30.

⁶DUARTE, *op. cit.*, p. 1.

⁷MADALENO, *op. cit.*, p. 12.

menos tempo com o filho e sofre com a prática da alienação feita pelo outro genitor, principalmente quando esse genitor alienado fica impedido de conviver com o filho.

Para Ana Carolina e Rolf Madaleno “[...] o genitor alienador é visto como um indivíduo totalmente bom, imaculado e sem falhas [...]”, e os filhos, ao se unirem ao genitor alienador, transformam-se em guerreiros fiéis e cruéis, nas palavras dos autores⁸. Ademais, para a assistente social, Edna Fernandes da Rocha “[...] o/a alienador / a se mostra como uma pessoa interessada e “superprotetora”, ao mesmo tempo que se coloca como vítima da situação.”⁹.

A manipulação do filho menor pode se dar por atos praticados até mesmo de maneira inconsciente pelo genitor alienador, que usa a criança como uma arma para satisfazer sua vingança em relação ao outro. No tocante às condutas expressas, essas podem se dar por atos do genitor alienador tais como: denegrir a imagem do outro genitor, sugerir que o outro genitor é perigoso, não passar o telefone aos filhos quando o outro genitor liga, não informar ao pai alienado as atividades escolares, presentear a criança demasiadamente. Assim podem ser exemplificadas algumas das formas que a mente humana cria para promover a campanha de vingança contra o outro de modo a privar o filho do contato sadio e fundamental com pai/mãe, figuras muito importantes para o desenvolvimento da personalidade e da mente da prole comum¹⁰.

Segundo a psicanalista Lenita Pacheco Lemos Duarte, a alienação parental ocorre:

Quando o pai, a mãe ou substituto legal se posiciona dessa forma em relação às várias dificuldades decorrentes de interesses individualistas, prepotentes e narcisistas, e quando não há espaço para o diálogo, acaba-se contribuindo para que aumentem as tensões e apareçam conflitos destrutivos de punição, vingança, disputa e oposição, que comprometem os vínculos afetivos parentais. Em decorrência, provocam-se as situações de “alienação parental” acompanhadas de várias outras demandas familiares junto ao judiciário¹¹.

Os autores Rolf Madaleno e Ana Carolina Carpes Madaleno afirmam a importância das figuras materna e paterna no desenvolvimento dos filhos, de modo que a presença de ambos na criação da prole se traduz em equilíbrio e segurança perante a sociedade, assim como responde pela identidade dessa criança/adolescente no meio social. Para tanto, elencam três funções básicas que os pais têm com seus filhos, sendo elas: (i) assegurar a satisfação de suas necessidades físicas; (ii) satisfazer as necessidades afetivas; e em terceiro lugar, (iii) responder às necessidades de segurança psíquica, ajudando na criação do psiquismo da criança¹².

⁸MADALENO, *op. cit.*, p. 34.

⁹ROCHA, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰*Ibid.* p. 50.

¹¹*Ibid.* p. 13-14.

¹²*Ibid.* 27-28.

Para esses autores, a evolução dos conceitos de família e de seus membros, que caminhou para a importância do afeto e da atenção em relação ao melhor interesse dos filhos, assim como a importância das figuras parentais para o saudável desenvolvimento da prole, implica na relevância do estudo desse fenômeno¹³.

No Brasil, a Carta Magna de 1988 tutelou a proteção aos cidadãos em primeiro lugar, com a observância do seu art. 1º, inciso III, que traz a dignidade da pessoa humana como o principal fundamento do Estado Democrático de Direito. A constituição, quando da sua promulgação, alterou as configurações de família, que na regência do Código Civil de 1916 era tida como patriarcal e firmada no patrimônio. A previsão especialmente destinada à entidade familiar está nos artigos 226 e 227 da CRFB, de modo que o art. 226 estabelece que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.¹⁴ O art. 227, a seu turno, trata do dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança e ao adolescente todos os seus direitos constitucionalmente instituídos.¹⁵

Na mesma linha protetiva, em 13 de julho de 1990, foi sancionada a Lei n. 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, que em seu art. 3º assegura às crianças e adolescentes a aplicação dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e, no art. 4º, trata do dever da família, da comunidade, do poder público e da sociedade em geral referente a efetivação dos direitos referentes “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”¹⁶

Em que pese o ordenamento jurídico contemple proteção a entidade familiar elencada na Constituição Federal e, no ordenamento infraconstitucional se tenha o Estatuto da Criança e do Adolescente tutelando o direito dos menores, subsistia a necessidade de se tratar especificamente da alienação parental, pois esse fenômeno social já está presente na sociedade há décadas.

Nessa senda, Elízio Luiz Perez trouxe a temática da alienação parental através da apresentação do PL n. 4.053, cuja tramitação teve início no Congresso Nacional em 07 de outubro de 2008. O projeto adveio da percepção do Dr. Elízio sobre a omissão do Estado frente

¹³*Ibid.* p. 29.

¹⁴MADALENO, *op. cit.*, p. 7-9.

¹⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 abril 2023.

¹⁶BRASIL. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 06 abril 2023.

à “alienação parental”, da falta de instrumentos que permitissem a identificação de casos pelos operadores do direito, bem como a adoção de medidas protetivas.

Lenita traz a seguinte citação sobre o projeto de lei: “Perez destacou que a referida proposta tinha “um forte caráter preventivo, no sentido de fortalecer a atuação do Estado contra essa modalidade de exercício abusivo da autoridade parental”. Mais tarde, esse projeto de lei se transformou no PLC 20/2010, encampado pelo deputado Régis de Oliveira e aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, no dia 7 de julho de 2010 como Lei n.12.318/2010 – Lei da Alienação Parental¹⁷.

Sob a ótica do direito brasileiro, o art. 2º da Lei n. 12.318/10, conceitua a alienação parental como a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente promovida ou induzida por um adulto, que pode ser um dos genitores ou outra pessoa que tenha a criança sob sua autoridade, para que repudie o outro e cause prejuízo ao vínculo relacional com este¹⁸.

Desse modo, a evolução da sociedade e as mudanças do conceito familiar, mister é a existência da edição da Lei 12.318/10, uma vez que tirou aqueles que sofrem do mal da alienação parental da escuridão da omissão legislativa e, conseqüentemente, proporcionou instrumentos especiais para lidar com os casos, inclusive para detectá-los.

Além do mais, a lei da alienação parental trouxe mecanismos de detecção desses casos e abriu espaços para que o fenômeno seja discutido por toda a sociedade em busca de uma maior efetivação dos direitos da criança e do adolescente, assim como providenciou ações para o juiz poder inibir atos de alienação, preservar os laços do menor com ambos os genitores e seus familiares, sempre visando o bem estar da criança e do adolescente.

2. GARANTINDO OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: A RELEVÂNCIA DE UMA LEI ESPECÍFICA SOBRE ALIENAÇÃO PARENTAL NO BRASIL

As várias transformações sociais, culturais e econômicas vividas ao longo dos séculos alteraram o conceito de família, de modo que tais mudanças trouxeram conseqüências na vivência da parentalidade¹⁹. A ruptura da sociedade patriarcal, marcada pelo cristianismo, se

¹⁷DUARTE. *op. cit.*, p. 47.

¹⁸BRASIL. *Lei n. 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 06 abr. 2023.

¹⁹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Proteção da criança na dissolução da sociedade conjugal*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/eixo2-primeira-infancia-relatorio-final.pdf>>. Brasília, 2022, p. 18-19. Acesso em 21 mar 2023.

deu com a promulgação da Carta Magna de 1988, momento em que passou a se entender a família como um ninho, ou seja, deve ser atendida a satisfação, o bem-estar e o desenvolvimento de cada membro integrante, uma vez que o novo modelo passou a se pautar pelo afeto²⁰.

No Brasil, o primeiro diploma legal a dar um tratamento mais sistemático e humanizador à criança e ao adolescente, consolidando normas esparsas anteriores e prevendo, pela primeira vez, a intervenção estatal nesta delicada seara social foi o Código Mello Mattos²¹. Esse código era chamado também de Código de Menores e trazia a doutrina da situação irregular do menor – até 18 anos²².

Posteriormente, com a promulgação da Carta Magna de 1988, as crianças e os adolescentes passam a ser vistos como titulares de direitos fundamentais, cujo dever de assegurar esses direitos recai sobre a família, a sociedade e o Estado, haja vista a inclusão pelo legislador constituinte dos artigos 226 e 227 da CRFB, novo ordenamento²³.

Nesse contexto, Edna Fernandez da Rocha expressa sobre a doutrina da proteção integral que:

A Doutrina da Proteção integral expressa na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na legislação internacional, por meio da Convenção dos Direitos da Criança de 1989, transformou a criança e a / o adolescente em sujeito de direitos, e não mais menores, como previsto na legislação anterior, Código de Menores de 1979, no qual prevalecia a doutrina da situação irregular²⁴.

Com efeito, após toda essa gama de direitos garantidos, teve início ao debate em se instituir um Estatuto da Criança e do Adolescente, o que foi efetivado em 1990 pela Lei n. 8.069. Também conhecida pela sigla ECA, a nova lei dizimou com o paradigma do Código de Menores e veio para regulamentar o novo princípio da proteção integral consagrado na Constituição.²⁵

Em que pese as leis protetivas, havia um mal presente no seio familiar, mas que era negado pela sociedade ou tratado como uma situação normal. A alienação parental não era

²⁰MADALENO, *op. cit.*, p. 7.

²¹ZANELLA, Maria N.; LARA, Ângela M. de. *A perspectiva da ONU sobre o menor, infrator, o delinquent e o adolescente em conflito com a lei: as políticas de socio educação*. 2014. 22 f. Dissertação (Pós-graduação em Educação) Universidade Estadual de Maringá (UEM). Revista Angelus Novus, ano VI, n. 10, 2015. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ran/issue/view/9262/839>>. Acesso em: 14 set. 2023, p. 111-112.

²²MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. *Brasil cria o ECA e se compromete com a Convenção das Nações Unidas (ONU) em 1989*. ECA: Linha do tempo sobre os direitos de crianças e adolescentes. Disponível em:<[https://site.mppr.mp.br/crianca/Pagina/ECA-Linha-do-tempo-sobre-os-direitos-de-criancas-e-adolescentes#:~:text=Brasil%20cria%20o%20ECA%20a,Unidas%20\(ONU\)%20em%201989](https://site.mppr.mp.br/crianca/Pagina/ECA-Linha-do-tempo-sobre-os-direitos-de-criancas-e-adolescentes#:~:text=Brasil%20cria%20o%20ECA%20a,Unidas%20(ONU)%20em%201989)>. Acesso em: 10 ago. 2023.

²³BRASIL, *op. cit.*, nota 15.

²⁴ROCHA, *op. cit.*, p. 35.

²⁵BRASIL. *Lei n. 14.340, de 18 de maio de 2022*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm>. Acesso em 10 ago. 2023.

tratada por nenhuma lei específica; todavia, os atos de alienação inegavelmente já faziam parte das relações parentais – nas experiências de Rolf Madaleno, conforme nota dos autores à 6ª edição: “[...] o odioso e cruel exercício da alienação parental ocorria sem que pudesse ser detectada e combatida [...]”²⁶ e a ausência de lei específica, de um nome específico, ou seja, o desconhecimento social e jurídico da questão não permite que o assunto fosse tratado, de forma que o problema era normalizado e, conseqüentemente, implantado na sociedade.

Rolf Madaleno, no capítulo de sua obra que trata dos comentários à Lei da Alienação Parental e aspectos processuais, assim expõe:

O fato é que a alienação parental, sem ter esse nome, e sem sequer ser perceptível antes de haver sido alçada pelos estudos de Richard Gardner, sempre rondou livre e impunemente entre casais em litígio, com filhos pequenos, não sendo diferente nos lares brasileiros, cujo corriqueiro exercício da alienação consciente ou inconsciente segue destruindo personalidades e convivências de crianças e adolescentes que deveriam crescer em ambiente mentalmente seguro e sadio, protegidos justamente por seus pais.²⁷

Embora Richard Gardner já tivesse iniciado suas pesquisas sobre a SAP – Síndrome da Alienação Parental – em 1985, no Brasil, a ausência legislativa durou até o dia 26 de agosto de 2010, momento em que os debates da sociedade deram origem à Lei n. 12.318, chamada Lei da Alienação Parental. Desse modo, deixou-se de negar a existência desse mal causado nas relações familiares e a questão finalmente passou a ser enfrentada pela sociedade e pelo ordenamento jurídico²⁸.

Portanto, a alienação parental deixou de ser um mal invisível e passou a ser tema comentado e, sobretudo, tratado pela sociedade brasileira, em todas as suas esferas. Conseqüentemente, famílias que se veem passando por esse drama envolvendo seus filhos, recorrem ao judiciário requerendo a aplicação dos preceitos da lei da alienação parental, conforme pode se observar no julgado abaixo:

GUARDA, REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E ALIMENTOS. [...] Medida adequada, prevista no artigo 6º, inciso III da Lei 12.318/2010. Caso em que, ao longo da demanda, ficou constatada a existência de empecilhos criados pela apelante na realização das visitas do genitor. Laudos favoráveis às visitas paternas, além de terem concluído pela prática de alienação parental do filho. Sentença devidamente fundamentada, cabendo a genitora promover as visitas entre pai e filho e não criar óbices, sob pena de multa. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - AC: 00414810720138260577 SP 0041481-07.2013.8.26.0577, Relator: Carlos Alberto de

²⁶MADALENO, *op. cit.*

²⁷*Ibid.*, p. 87-88.

²⁸*Ibid.*, p. 74-75.

Salles, Data de Julgamento: 08/03/2022, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/03/2022.²⁹

Em outro julgado, conforme ementa do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o tribunal mineiro no julgamento de uma apelação cível entendeu como demonstrada de forma clara a alienação praticada pela genitora. Averiguou-se, através de prova documental, em especial estudo psicológico, que a genitora praticava vários atos de alienação parental, uma vez que: i) impedia o exercício do direito de visitação; ii) dificultava o contato da criança com o genitor; iii) impedia o exercício da autoridade parental; e, iv) realizada campanha de desqualificação paterna. Confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL - ATOS PRATICADOS PELA MÃE QUE DIFICULTAM O EXERCÍCIO DO DIREITO DE VISITAS PATERNO - ALIENAÇÃO PARENTAL - CONFIGURAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO. - A Lei n. 12.318/2010 dispõe sobre a alienação parental, [...] - No presente caso, a prova dos autos, em especial o Estudo Psicológico, demonstra de forma clara a alienação parental praticada pela genitora ao impedir o exercício do direito de visitas paterno, além de dificultar o contato da criança com o genitor, impedir o exercício da autoridade parental, bem como realizar campanha de desqualificação da figura paterna.³⁰

Desse modo, observa-se pelos julgados recentes, ora colacionados, que a prática da alienação parental permanece atual na sociedade brasileira, cujos problemas são levados ao judiciário, a fim de que o Estado Juiz aplique a lei e sejam alcançados os princípios constitucionais de proteção da criança e do adolescente. Ademais, a doutrina aponta a alienação parental como questão de utilidade pública e, para Rolf Madaleno: “[...] deve ser combatida com conhecimento, com campanhas de conscientização, com o estudo da infância e a tomada de atitude por cada profissional que se depara com o tema.”³¹.

3. REPENSANDO A LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL: ENTRE O APRIMORAMENTO E O RETROCESSO

A despeito da existência do fenômeno da alienação parental existe não há dúvidas, chamado por alguns autores, inclusive, de fenômeno social³². Ocorre que no Brasil o assunto

²⁹BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AC n. 00414810720138260577*. Relator: Carlos Alberto de Salles. Disponível em: < jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1405331718>. Acesso em 10 ago. 2023.

³⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *AC n. 10000210725339001*. Relatora: Ângela de Lourdes Rodrigues. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1254781254>>. Acesso em 10 ago. 2023.

³¹MADALENO, *op. cit.*, p. 83.

³²ROCHA, *op. cit.*, p. 63-64.

ganhou enfoque por profissionais e pesquisadores da área do direito e da Psicologia por volta do ano de 2006 e, no ano de 2010, teve a promulgação da Lei da Alienação Parental, o que para uns foi visto como uma conquista, para outros se tornou alvo de críticas sobre seus efeitos, que mesmo após mais de uma década de sua vigência ainda é alvo de muita discussão devido aos diferentes posicionamentos acerca de sua aplicabilidade³³.

Um dos argumentos trazidos é a falta de base científica da teoria de Richard Gardner e na qual se baseia a Lei n. 12.318/10, conforme argumentado por Myllena Calasans, representante do Comitê Latino Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem) no ano de 2018³⁴. Edna Fernandes da Rocha apresenta a seguinte análise:

O Conanda apresentou em 30 de agosto de 2018 uma nota pública sobre a Lei da AP. Em nota, o Conselho apontou a falta de fundamentação científica na qual a lei foi construída, sem a ampla discussão com a sociedade nem com profissionais que estudam o tema, nem mesmo com o referido Conselho.³⁵

Outro argumento usado pelo grupo crítico é o de que a Lei da Alienação Parental dá espaço para que haja desvirtuamento quanto à sua aplicação, pois reforçaria estereótipos e vitimizaria as mulheres³⁶. Nessa senda, argumentam que a Lei 12.318/10 traz mais problemas do que soluções, na medida em que pais abusadores sexualmente de seus filhos (as) estariam exigindo a aplicação das medidas trazidas pela lei sob a alegação de que as mães estariam cometendo alienação parental por falsas denúncias³⁷. Ainda, Rolf e Ana Clara Madaleno assim pontuam em sua obra ao se referirem sobre os detratores de Richard Gardner:

Para Maria Clara Sottomayor, o trabalho de Richard Gardner sobre a síndrome de alienação parental põe em risco mulheres e crianças vítimas de violência e coloca as mães em uma encruzilhada sem saída: ou não denunciam o abuso e podem ser punidas por cumplicidade, ou denunciam o abuso e podem ver a guarda da criança ser entregue ao outro progenitor suspeito, ou, ainda, serem ordenadas visitas coercitivas.³⁸

Por outro lado, há defensores da importância da Lei n. 12.318/21, como especialistas, instituições e ativistas da sociedade civil, inclusive, o Instituto Brasileiro de Direito de Família

³³*Ibid.*, p. 79-83.

³⁴GALLI, Larissa. *Lei brasileira que trata da alienação parental não tem base científica, afirma debatedora*. Edição Ana Chalub. Agência Câmara de Notícias, 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/548680-lei-brasileira-que-trata-da-alienacao-parental-nao-tem-base-cientifica-afirma-debatedora/>>. Acesso em 14 set. 2023.

³⁵ROCHA, *op. cit.*, p. 85.

³⁶DIAS, Vânia. *Alienação parental: entenda como a lei coloca em risco crianças e mulheres*. Disponível em: <<https://www.brasilefato.com.br/2022/12/11/alienacao-parental-entenda-como-a-lei-coloca-em-risco-criancas-e-mulheres/>>. Acesso em 14 set. 2023.

³⁷ROCHA, *op. cit.*, p. 85.

³⁸MADALENO *apud* SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Op. cit.*, p. 201.

(IBDFAM), o qual tem protagonizado essa defesa e alertado acerca dos perigos de uma revogação.³⁹

No entanto, há uma outra vertente, que vê a lei como um mecanismo jurídico de eficiente combate à alienação parental, como é o caso dos autores Rolf e Ana Carolina Madaleno, que assim discorrem:

O fato é que a alienação parental, sem ter esse nome, e sem sequer ser perceptível antes de haver sido alçada pelos estudos de Richard Gardner, sempre rondou livre e impunemente entre casais em litígio, com filhos pequenos, não sendo diferente nos lares brasileiros, cujo corriqueiro exercício da alienação consciente ou inconsciente segue destruindo personalidades e convivências de crianças e adolescentes que deveriam crescer em ambiente mentalmente seguro e sadio, protegidos justamente de seus pais.⁴⁰

Noutro ponto importante da obra acima, os autores exaltam a Lei da Alienação Parental, denominando-a como inteligente e excepcional, e acrescentam: “... é preciso saber fazer com que os mecanismos legais e processuais postos à disposição da sociedade sejam eficientemente colocados a serviço da criança e do adolescente alienados de seu outro genitor [...]”⁴¹.

Em relação à corrente que sustenta pela falta de embasamento científico, vale citar o estudo dos americanos Richard A. Warshak, Jennifer Harman, Demóstenes Lorandos e Matthew Florian, que vai de encontro ao sustentando por essa corrente, intitulado como “*Developmental Psychology and the Scientific Status of Parental Alienation*”, publicado na revista da Associação Americana de Psicologia, “*Developmental Psychology*”, no qual os autores argumentam:

[...] a alienação parental é um conceito válido apoiado por uma literatura científica robusta e bem desenvolvida. Esta literatura apresenta várias características de um campo científico em maturação. Primeiro, o número de estudos aumenta a cada ano. Em segundo lugar, o tipo de estudos favorece cada vez mais métodos quantitativos (por exemplo, análise estatística) em detrimento de métodos qualitativos (por exemplo, descritivos). Terceiro, os estudos testam cada vez mais hipóteses e situam o desenho e os resultados num quadro teórico e explicativo.⁴²

Do ponto de vista do serviço social, Edna Fernandes da Rocha, ao se referir à Lei da Alienação Parental e às mudanças feitas nela pela Lei n. 14.340/22, ao final do Capítulo II –

³⁹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Proteção da criança na dissolução da sociedade conjugal*. Brasília, 2022.

⁴⁰MADALENO, *op. cit.*, p. 87-88.

⁴¹*Ibid.*, p. 82.

⁴²INSTITUTE FOR FAMILIES STUDIES. *New Research on the Science of Parental Alienation*. Disponível em: <<https://ifstudies.org/blog/new-research-on-the-science-of-parental-alienation>>. 2022. Acesso em 14 set. 23.



Alienação parental – Do surgimento de um “fenômeno” à construção de uma lei –, assim defende:

[...] essas mudanças não afetam o compromisso ético-político que a profissão tem com a população atendida, conforme previsto no Código de Ética Profissional. O acúmulo teórico que a profissão tem construído em sua trajetória por meio de pesquisas e produções na área sociojurídica permite que as / os profissionais construam seus posicionamentos na elaboração de laudos de laudos e pareceres técnicos do Serviço Social, sem recorrer a afirmações fatídicas em situações envolvendo atos de alienação parental [...]⁴³.

Ademais, foi em meio às discussões calorosas sobre a revogação da Lei da Alienação Parental, que foi aprovada a Lei n. 14.340, em 18 de maio de 2022, trazendo consigo o que se chamou de superação das inverdades sobre alienação parental. Segundo o entendimento de Conrado Paulino da Rosa, Membro da Diretoria Executiva do IBDFAM-RS: “...as alterações promovidas na Lei 12.318/10 possibilitarão uma melhora na garantia dos direitos daqueles a quem a Constituição Federal destina proteção especial.”⁴⁴.

A primeira mudança trazida no parágrafo único do artigo 4º diz respeito à visitação assistida para os casos de suspeita de que a criança ou adolescente esteja em situação de risco ou casos de denúncia de abuso sexual, ou seja, passa a se exigir que sejam mantidos espaços em âmbito forense, aptos para que seja realizada a convivência assistida.⁴⁵

Outra alteração foi feita no §4º do artigo 5º e se refere às perícias psicológicas ou biopsicossociais, destinadas à identificação da prática alienadora. A alteração determina a nomeação de peritos privados quando ausentes ou insuficientes os serventuários responsáveis para a realização do estudo.⁴⁶

Em relação à suspensão da autoridade parental, o legislador procedeu a uma alteração bastante significativa com a revogação do inciso VII do artigo 6º da Lei n. 12.318/10, que dispunha sobre a possibilidade de o juiz suspender a autoridade parental, em ação autônoma ou incidental.⁴⁷ Ainda no artigo 6º, foi inserido o §2º para determinar a submissão a avaliações periódicas, com emissão, pelo menos, de um laudo inicial, que contenha a avaliação do caso e

⁴³ROCHA, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁴ROSA, Conrado Paulino da. *As mudanças da Lei 14.340 2022 e a superação das mentiras sobre a alienação parental*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1815/As+mudan%C3%A7as+na+Lei+14.340+2022+e+a+supera%C3%A7%C3%A3o+das+mentiras+sobre+a+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental>>. 2022. Acesso em 14 setembro 2023.

⁴⁵BRASIL, *op. cit.*, nota 25.

⁴⁶ROSA, *op. cit.*

⁴⁷*Ibid.*



o indicativo da metodologia a ser empregada, e de um laudo final, ao término do acompanhamento.⁴⁸

Outra temática de extrema relevância foi sobre a escuta da criança, que a partir da inserção do artigo 8º-A da Lei 12.318/10, deve se dar por meio de depoimento especial, conforme a Lei 13.431/17. Do mesmo modo, foi inserido o §3º ao artigo 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente que trata da suspensão do poder familiar, para determinar, no caso de concessão de liminar, será realizada entrevista da criança e do adolescente perante equipe multidisciplinar e de oitiva da outra parte, nos ditames da Lei n. 13.341/17. Conrado assim assevera: “Tais medidas permitem adequação da temática à previsão existente na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que, de longa data, estabelece o direito desta, de participar ativamente dos processos que lhe digam respeito, sempre atentando às normas procedimentais de seu país.”⁴⁹.

Com efeito, muitas das inverdades foram superadas com a entrada em vigor da Lei n. 14.340/22 e as mudanças passaram a qualificar a atuação do poder interdisciplinar para os processos em andamento.⁵⁰

Um acontecimento importante no que se refere à alienação parental foi o aumento de casos ocorridos durante a Pandemia da Covid-19-SARS que, segundo dados obtidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2020 foram 10.950 ações de alienação parental em todo o país, o que resultou um crescimento de 171% comparado ao ano anterior⁵¹. Tal situação se desencadeou devido a alguns fatores resultantes do momento pandêmico, como o fato de as pessoas estarem em maior convívio e o maior número de divórcios, bem como a disputa pelos filhos⁵².

Nessa toada, constata-se que a alienação parental é real e amparada por fundamentos de estudos científicos confiáveis, e todos os envolvidos nos casos de alienação parental, como juízes, legisladores, terapeutas e pais, devem ter instrumentos, como as leis, para reconhecer os danos causados às crianças vítimas de alienação parental⁵³. Richard Warshak assevera: “Os defensores que afirmam o contrário estão errados e, por ignorância ou intenção, estão a ignorar os avanços científicos neste campo e a espalhar desinformação.”⁵⁴.

⁴⁸*Ibid.*

⁴⁹*Ibid.*

⁵⁰*Ibid.*

⁵¹BRASIL DE FATO, *op. cit.*

⁵²*Ibid.*

⁵³INSTITUTE FOR FAMILIES STUDIES, *op. cit.*

⁵⁴*Ibid.*



Portanto, no atual contexto sociopolítico não se pode dizer quais os efeitos das mudanças trazidas com a alteração Lei da Alienação Parental⁵⁵, mas o problema existe e precisa ser tratado e, em que pese a Lei da Alienação possa ser melhorada, traz consigo um harmônico conjunto de instrumentos processuais para inibir ou atenuar os efeitos da alienação parental⁵⁶.

CONCLUSÃO

Com base no que foi exposto, o trabalho apresentado teve como objetivo demonstrar que a alienação parental está presente em muitos lares disfuncionais e, geralmente, tem seu início a partir de disputas judiciais de guarda dos filhos. Consta-se que é nesse momento em que a instabilidade emocional faz com que um genitor use a criança ou adolescente como um instrumento de agressividade e desejo de vingança direcionados ao outro genitor.

Em conclusão, o presente artigo científico buscou analisar a complexa problemática da alienação parental nas famílias brasileiras, destacando a necessidade premente de uma legislação específica para tratar desse tema sensível. A promulgação da Lei 14.340/2022 representou um avanço significativo ao estabelecer diretrizes claras para a prevenção e combate à alienação parental, visando proteger o bem-estar das crianças envolvidas nesse contexto.

No entanto, a análise também revelou as tentativas de deslegitimar a lei, muitas vezes baseadas em inverdades e equívocos, o que ressalta a importância da informação precisa e do debate embasado em evidências. Além disso, a pandemia da COVID-19 trouxe novos desafios, com o aumento dos casos de alienação parental em decorrência das restrições de contato físico e da maior convivência das famílias em ambientes confinados.

É fundamental reconhecer que a Lei n. 14.340/22 é um passo importante, mas que ainda há espaço para aperfeiçoamentos e para aprofundar a conscientização sobre a alienação parental. Os operadores do direito desempenham um papel crucial na aplicação efetiva da lei, garantindo que ela seja utilizada para proteger os interesses das crianças e para preservar o vínculo saudável com ambos os pais.

Portanto, à medida que continuamos a enfrentar os desafios da alienação parental no contexto brasileiro, é imperativo que toda a sociedade, os legisladores, os profissionais do direito, trabalhem em conjunto para aprimorar as políticas e práticas existentes, assegurando que crianças e adolescentes não sejam vítimas desse grave problema. Somente assim, se promoverá um ambiente familiar mais saudável e equitativo para as futuras gerações.

⁵⁵ROCHA, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁶MADALENO, *op. cit.*, p. 213-214.



REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2023.

_____. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 10 ago. 2023.

_____. *Lei n. 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em 08 mar. 2023.

_____. *Lei n. 14.340*, de 18 de maio de 2022. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm>. Acesso em 08 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AC n. 00414810720138260577*. Relator: Carlos Alberto de Salles. Disponível em:<jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1405331718>. Acesso em 10 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *AC n. 10000210725339001*. Relatora: Ângela de Lourdes Rodrigues. Disponível em:<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1254781254>>. Acesso em 10 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Proteção da criança na dissolução da sociedade conjugal*. Brasília, 2022. Disponível em:<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/eixo2-primeira-infancia-relatorio-final.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2023.

DIAS, Vânia. *Alienação parental: entenda como a lei coloca em risco crianças e mulheres*. Disponível em:<<https://www.brasildefato.com.br/2022/12/11/alienacao-parental-entenda-como-a-lei-coloca-em-risco-criancas-e-mulheres>>. Acesso em 14 set. 2023.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *Mediação na alienação parental: a psicanálise com crianças no judiciário*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2020.

GALLI, Larissa. *Lei brasileira que trata da alienação parental não tem base científica, afirma debatedora*. Edição Ana Chalub. Agência Câmara de Notícias, 2018. Disponível em:<<https://www.camara.leg.br/noticias/548680-lei-brasileira-que-trata-da-alienacao-parental-nao-tem-base-cientifica-afirma-debatedora/>>. Acesso em 14 set. 2023.

INSTITUTE FOR FAMILIES STUDIES. *New Research on the Science of Parental Alienation*. Disponível em:<<https://ifstudies.org/blog/new-research-on-the-science-of-parental-alienation>>. 2022. Acesso em 14 set. 23.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina. *Alienação parental: importância da detecção: aspectos legais e processuais*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2022.

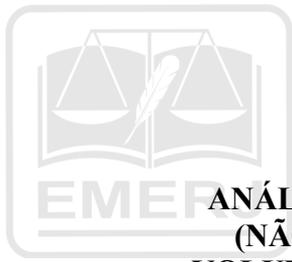


MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. *Brasil cria o ECA e se compromete com a Convenção das Nações Unidas (ONU) em 1989. ECA: Linha do tempo sobre os direitos de crianças e adolescentes.* Disponível em: <[https://site.mppr.mp.br/crianca/Pagina/ECA-Linha-do-tempo-sobre-os-direitos-de-criancas-e-adolescentes#:~:text=Brasil%20cria%20o%20ECA%20a,Unidas%20\(ONU\)%20em%201989](https://site.mppr.mp.br/crianca/Pagina/ECA-Linha-do-tempo-sobre-os-direitos-de-criancas-e-adolescentes#:~:text=Brasil%20cria%20o%20ECA%20a,Unidas%20(ONU)%20em%201989)>. Acesso em: 10 ago. 2023.

ROCHA, Edna Fernandes da. *Serviço social e alienação parental: contribuições para a prática profissional.* São Paulo: Cortez, 2022.

ROSA, Conrado Paulino da. *As mudanças na Lei 14.340/2022 e a superação das mentiras sobre a alienação parental.* Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1815/As+mudancas+na+Lei+14.340+2022+e+a+superao+das+mentiras+sobre+a+alienao+parental>>. Acesso em 28 fev. 2023.

ZANELLA, Maria N.; LARA, Angela M. de. *A perspectiva da ONU sobre o menor, infrator, o delinquente e o adolescente em conflito com a lei: as políticas de socio educação.* 2014. 22 f. Dissertação (Pós-graduação em Educação) Universidade Estadual de Maringá (UEM). Revista Angelus Novus, ano VI, n. 10, 2015. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ran/issue/view/9262/839>>. Acesso em: 14 set. 2023.



ANÁLISE CRÍTICA DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS OCASIONADAS PELA (NÃO) INCIDÊNCIA DOS INSTITUTOS DA TENTATIVA, DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA OU DO CRIME IMPOSSÍVEL, À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA

Sarah Braga Pasinato

Graduada pela Universidade Cândido Mendes (UCAM-JPA) Advogada.

Resumo – o subjetivismo implícito nas decisões proferidas na seara penal acarreta um ambiente de insegurança jurídica no ordenamento vigente. A afirmação se justifica pela discricionariedade conferida ao julgador na aplicação de institutos jurídicos ligados por um mesmo eixo central. É o que acontece com os institutos da tentativa, da desistência voluntária e do crime impossível. Diante disso, o objetivo central deste artigo é incentivar a defesa e o respeito ao princípio da segurança jurídica, a partir da uniformização da jurisprudência e da criação de requisitos objetivos para a aplicação de cada instituto abordado no presente trabalho.

Palavras-chave - Direito Penal. Tentativa. Desistência Voluntária. Crime impossível. Segurança Jurídica.

Sumário – Introdução. 1. A divergência doutrinária acerca da transição dos atos preparatórios para os atos executórios e seus desdobramentos penais. 2. Análise da voluntariedade do agente ante a caracterização da desistência voluntária. 3. A (in)efetividade da tutela jurisdicional diante dos possíveis resultados práticos oriundos da aplicação dos institutos da tentativa, da desistência voluntária ou do crime impossível. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as consequências jurídicas ocasionadas pela incidência ou não dos institutos da tentativa, da desistência voluntária e do crime impossível, todos à luz do princípio da segurança jurídica.

Para tanto, necessária se faz uma abordagem preliminar acerca de cada instituto, a fim de que se compreenda suas funções jurídico-penais e seus reflexos quando aplicados de forma correta ou não ao caso concreto.

Inicialmente, apura-se que a tentativa é o início de execução de um crime que somente não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Em sentido oposto, a desistência voluntária é uma forma de tentativa abandonada, assim denominada porque a consumação do crime não ocorre em razão da vontade do agente.

Por fim, constata-se que o crime impossível se materializa na impossibilidade de ocorrência de um crime, seja por ineficácia absoluta do meio, seja por absoluta impropriedade do objeto.



Diante disso, e partindo para a análise prática dos institutos, verifica-se que a tentativa e a desistência voluntária influenciam diretamente na dosimetria da pena dos condenados, ao passo que o crime impossível impede a responsabilização penal destes.

A repercussão prática de tais aplicações reveste-se das consequências oriundas da resposta estatal proferida, tendo em vista que a incidência de um instituto ou de outro promoverá alterações no quantum de pena arbitrada e na repercussão social do fato criminoso.

É por essa razão que o primeiro capítulo deste trabalho aborda o caminho percorrido pelo criminoso, nomeado *iter criminis*, e atenta, em especial, para as divergências doutrinárias acerca da transição dos atos preparatórios para os atos executórios, de modo a identificar o momento apropriado em que se caracteriza a tentativa.

Como corolário da ideia anterior, o segundo capítulo se destina a analisar a possibilidade de ocorrência da desistência voluntária, com um olhar mais detido na voluntariedade do agente.

Em caráter final, o terceiro capítulo concentra esforços para promover uma análise crítica quanto aos desdobramentos penais dos institutos, por meio de uma abordagem inicial acerca do crime impossível, e quanto à possibilidade de eficiência ou não das decisões judiciais eivadas do subjetivismo inerente aos três institutos.

O presente estudo, então, busca demonstrar a relevância da objetividade na interpretação do contexto fático para que se possa conceber uma justa sanção penal e respeitar os princípios constitucionais da segurança jurídica e da individualização da pena.

A presente pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, a partir de um conjunto de proposições hipotéticas, com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las de forma argumentativa, sendo a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica qualificada como qualitativa, porquanto baseada na consulta à bibliografia pertinente à temática em foco.

1. A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ACERCA DA TRANSIÇÃO DOS ATOS PREPARATÓRIOS PARA OS ATOS EXECUTÓRIOS E SEUS DESDOBRAMENTOS PENAIIS

A tentativa é uma causa obrigatória de diminuição de pena, prevista no artigo 14, inciso II, do Código Penal¹. A tentativa revela-se como o início de execução de um crime que somente não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.²

A fim de viabilizar a análise do referido instituto, se faz necessário um retorno às etapas percorridas pelo agente para a prática de um propósito criminoso, nomeado *iter criminis*.³

A manifestação delitativa é dividida em: cogitação (idealizações do resultado e das consequências da consumação do delito); atos preparatórios, atos de execução (início da atividade criminosa por meio de manifestação externa capaz de provocar alteração na ordem social) e atos de consumação (realização integral do tipo).⁴

Só há incidência do Direito Penal quando a vontade interior é, de qualquer modo, exteriorizada por meios de atos no meio social. Assim, a depender dos atos praticados e do resultado atingido com a conduta, diz-se que o crime é tentado ou consumado.⁵

Para tanto, um dos mais árduos problemas do Direito Penal é diferenciar, com precisão, um ato preparatório de um ato executório.⁶

Inúmeras teorias apresentam propostas para estabelecer o momento em que se opera a transição de uma fase para a outra. Dentre as quais estão: a teoria subjetiva, a teoria objetivo-formal, a teoria objetivo-material e a teoria da hostilidade ao bem jurídico.⁷

A primeira se dedica a punir o plano interno do autor, de modo que haveria tentativa quando o agente exteriorizasse sua conduta no sentido de praticar a infração penal. Em verdade, essa teoria se satisfaz tão somente com o fato de o agente revelar sua intenção criminosa por meio de atos inequívocos, não fazendo distinção entre atos preparatórios e atos de execução.⁸

¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 ago. 2023.

² MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: parte geral. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 369.

³ “Caminho do crime”.

⁴ AMORIM, Maria Carolina de Melo. *A natureza jurídica da desistência voluntária e a determinação de seus efeitos*. Disponível em: <<https://fbezerra.com/web/rigueira/wp-content/uploads/2018/08/artigo-revista-advocatus.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2023.

⁵ *Ibidem*.

⁶ MASSON, *opus citatum*, p. 364.

⁷ GRECO, Rogério. *Direito penal estruturado*. 3. ed., rev., atual e compl. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 59.

⁸ *Ibidem*.



Em sentido contrário, a teoria objetivo-formal, formulada por Beling, afirma que só seria possível falar em tentativa quando o agente já tivesse praticado a conduta descrita no núcleo do tipo penal. Os atos antecedentes a esse momento são considerados atos preparatórios.⁹

Já a teoria objetivo-material busca ser um complemento da teoria subjetiva. Segundo Carlos Parra, por intermédio dela se incluem ações, que por sua necessária vinculação com a ação típica, aparecem como parte integrante dela, segundo uma natural concepção ou que produzem uma imediata colocação em perigo de bens jurídicos¹⁰.

Finalmente, a teoria da hostilidade ao bem jurídico, preconizada por Mayer, prega que para se concluir pela tentativa, teria de se indagar se houve ou não uma agressão direta ao bem jurídico. Para Mayer, ato executivo é o que ataca efetiva e imediatamente o bem jurídico; ato preparatório é o que possibilita, mas não é ainda, sob o prisma objetivo, o ataque ao bem jurídico¹².

Pode-se concluir que a diferença entre as teorias mencionadas reside na influência ou não dos atos preparatórios para fins de caracterização da fase executória.

É notório que a teoria objetivo-formal ou lógico-formal é a priorizada pela doutrina pátria e a adotada pelos Tribunais Superiores. É por tal fundamentação que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o rompimento de cadeado e destruição de fechadura da porta da casa da vítima, com o intuito de, mediante uso de arma de fogo, efetuar subtração patrimonial da residência, configuram meros atos preparatórios que impedem a condenação por tentativa de roubo circunstanciado¹³.

Tal diferenciação se apresenta de suma importância para a verificação da incidência do instituto da desistência voluntária, previsto no artigo 15 do Código Penal¹⁴.

A previsão do referido diploma legal aponta para a não punição da tentativa nos casos em que o agente desiste de prosseguir na execução, respondendo este pelos atos já praticados¹⁵.

Tal aplicação possui relação íntima com a transição dos atos preparatórios para os atos executórios, já que a aplicação de teoria diversa da preponderante no ordenamento pátrio

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ PARRA, Carlos. *La tentativa*. Argentina: Cuyo, 1996, *apud* GRECO, Rogério. *Direito penal estruturado*. 3. ed., rev., atual e compl. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 59.

¹¹ Podem ser citados como exemplo da aplicação da mencionada teoria, no homicídio, o fato de apontar a arma para a vítima; no furto com destreza, na conduta dirigida à coisa que se encontra no bolso da vítima.

¹² GRECO, *opus citatum*, p. 59.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp n. 974254/TO*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2033903&num_registro=201602274509&data=20210927&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 30 nov. 2023.

¹⁴ BRASIL, *opus citatum*, nota 1.

¹⁵ Tentativa qualificada.

poderia gerar consequências jurídicas que se divorciam da realidade fática sobre a qual incide o ordenamento jurídico vigente.

Diante disso, é possível constatar que a influência de teoria diversa poderia ocasionar um relaxamento na punição dos agentes criminosos ou a responsabilização penal destes “ao extremo”¹⁶.

Isso porque para a aplicação do instituto da desistência voluntária é preciso que o agente já tenha iniciado os atos de execução. Assim, não se pode falar em desistência voluntária quando os atos ainda são considerados como preparatórios¹⁷.

A desistência voluntária é a interrupção voluntária na última ação do iter criminis, que impede a consumação do crime. Ela materializa-se numa omissão, resultante da renúncia de uma atividade¹⁸.

A partir das elucidações acerca de ambos os institutos, torna-se possível constatar a possibilidade de mais de uma interpretação para o mesmo contexto fático.

Nesse sentido está o exemplo hipotético¹⁹ de dois sujeitos que forçam a parada de um carro dos Correios e, ao verificarem que só havia cartas no interior, e não mercadorias de valor, empreendem fuga do local [informação verbal].

Para o deslinde da questão exposta, necessário se faz perseguir o conceito do que seria a voluntariedade do agente criminoso e quais as suas repercussões. Assunto que será abordado adiante.

É importante esclarecer que, apesar do artigo 15 do Código Penal²⁰ também, prever a figura do arrependimento eficaz, este não integra o objeto da presente análise. Contudo, destaca-se que a sua diferença da desistência voluntária reside no fato de que, naquele caso, os atos executórios já se completaram, mas o agente, por arrepender-se posteriormente, impede o resultado.

Para efeitos de aplicação penal, a atividade impeditiva do resultado deve obter êxito; do contrário, não importa o quanto tenha se arrependido o agente, ainda assim, responderá por crime consumado.²¹

¹⁶ Uso devido da expressão quando há uma comparação com a aplicação do instituto nos limites do que prevê a teoria adotada, majoritariamente, pela doutrina pátria.

¹⁷ GRECO, *opus citatum*, p. 62.

¹⁸ SILVA, Paulo Cezar da. Desistência voluntária e arrependimento eficaz: conceito, requisitos, natureza jurídica e efeitos relacionados ao concurso de pessoa. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*. Vol. 6, n 1, p. 79-88, jan. a jun. 2003.

¹⁹ Exemplo fornecido pelo professor José Maria de Castro Panoeiro em aula para a turma CII-B da Emerj, em fevereiro de 2022.

²⁰ BRASIL, *opus citatum*, nota 1.

²¹ AMORIM, *opus citatum*, p. 44-49.

2. ANÁLISE DA VOLUNTARIEDADE DO AGENTE ANTE A CARACTERIZAÇÃO DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA

A desistência voluntária é uma forma de tentativa abandonada, assim rotulada porque a consumação do crime não ocorre em razão da vontade do agente.²²

A lei penal, por questões de política criminal, prefere punir menos severamente o agente que, valendo-se desse benefício legal, deixa de persistir na execução do crime, impedindo a sua consumação, do que puni-lo com mais severidade, por já ter ingressado na sua fase executiva. É preferível tentar impedir o resultado mais grave a simplesmente radicalizar na aplicação da pena²³.

É como se a lei, segundo Von Liszt, querendo fazer o agente retroceder, interrompendo seus atos de execução, lhe estendesse uma “ponte de ouro”, para que nela pudesse retornar, deixando de prosseguir com seus atos, evitando a consumação da infração penal, cuja execução por ele já havia sido iniciada²⁴.

Pode-se afirmar, portanto, que a desistência voluntária se consubstancia quando o agente, por ato voluntário, interrompe o processo executório do crime, abandonando a prática dos demais atos necessários e que estavam à sua disposição para a consumação.²⁵

Assemelha-se, mas não se confunde, com a tentativa imperfeita ou inacabada, compreendida como aquela em que não se esgotaram os meios de execução que o autor tinha ao seu alcance²⁶.

O conceito de tentativa acabada ou inacabada parte da análise dos critérios objetivo e subjetivo, destinados a determinar o término da fase executiva do iter criminis.

Segundo o primeiro critério, o enfoque está no esgotamento ou não dos meios executivos à disposição do agente.²⁷ Assim, caso ele tenha utilizado todos os meios de que dispunha, a tentativa será acabada. Do contrário, inacabada. Nesse sentido, Ferrareze afirma que “possuindo cinco balas no tambor do revólver, o agente dispara dois tiros contra a vítima, sem atingi-la, momento em que é seguro por terceiros, que não o deixam efetuar outros disparos.”²⁸

²² MASSON, *opus citatum*, p. 387.

²³ GRECO, *opus citatum*, p. 62.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ MASSON, *opus citatum*, p. 389.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ FERRAREZE, Vitassir Edgar. A desistência da tentativa de homicídio: uma análise sob o enfoque da teoria da ingerência. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 60, p. 137-162, ago. 2007-abr. 2008.

²⁸ *Ibidem*, p. 146.

No que tange ao critério subjetivo, o objetivo da análise encontra guarida no plano do fato elaborado pelo autor. Dessa forma, o curso causal formulado pelo autor é o fator decisivo acerca da necessidade ou não de mais ações para a consumação do fato.²⁹

Dentro desse contexto, Juarez Cirino dos Santos aponta para casos em que o plano do autor se antecipa e ele se retira não por desistir da atuação criminosa, mas por supor já ter deflagrado a causalidade que leva à consumação. Hipóteses como essa correspondem a uma tentativa.

Por outro lado, se o plano do autor exige ir além do inicialmente planejado, o exame da conduta deve levar em conta esse aspecto sem desconsiderar àquilo que já foi realizado anteriormente.³⁰

No entanto, a utilização de um critério puramente subjetivo poderia resultar em situações perplexas, tendo-se, portanto, optado pela combinação dos critérios acima expostos, conforme entendimento de Zaffaroni e Pierangelli.³¹

A partir de tais apontamentos, pode-se afirmar que a existência de uma tentativa e do dolo (extraído desta) perfazem os pressupostos gerais da desistência voluntária, ao passo que a voluntariedade e o não prosseguimento na execução do crime (eficácia), os pressupostos específicos.³²

A partir desse conceito, o debruçar acerca do significado jurídico inserido na voluntariedade do agente, bem como suas repercussões no cenário fático, torna-se imprescindível.

É uníssono na doutrina a irrelevância dos motivos ensejadores da renúncia ao propósito criminoso. Ou seja, não se exige nem mesmo que seja espontânea, bastando ser voluntária e que o comportamento do agente seja dirigido à interrupção do iter criminis.³³

Hungria dizia que as razões internas não eram relevantes na análise do instituto, de modo que sendo a motivação ética ou não, o importante é que o sujeito seja senhor da decisão de parar.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ “A atira em seu desafeto (causando-lhe lesão grave), perseguindo-o e passando a atingi-lo com facadas que resultaram em lesões leves, desistindo, logo em seguida, para salvá-lo. Diante de tal cenário, A será responsabilizado penalmente pela lesão grave cometida, apesar da desistência ocorrer num segundo momento (segundo plano do autor).” Exemplo fornecido pelo professor José Maria Panoeiro em aula para a turma CPII-B da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em fevereiro de 2022.

³¹ CONDE, Francisco Muñoz. A desistência da tentativa de homicídio: uma análise sob o enfoque da teoria da ingerência. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 60, p. 137-162, ago. 2007-abr. 2008, *apud* FERRAREZE, Vitassir Edgar. *Teoria Geral do Delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.105-106.

³² *Ibidem*, p. 148-149.

³³ MASSON, *opus citatum*, p. 391.

Sob outro aspecto, Juarez Cirino dos Santos faz anotações no sentido de que a desistência da tentativa pressupõe a representação da possibilidade de consumação do fato: se o autor representa a impossibilidade de consumação do fato, ocorre a tentativa falha, afinal, se obstáculos impedem o autor de concluir a realização do dolo, então a desistência de realizar o dolo não é voluntária. Assim, se o autor quer roubar uma fortuna, mas encontra quantidade mínima de dinheiro em poder da vítima, ou se o autor percebe a insuficiência do veneno ministrado na vítima, mas não possui outros meios para realizar o dolo de homicídio, em ambos os cenários, o defeito na representação faz com que se reconheça uma tentativa e não uma vontade dirigida a parar a execução.³⁴

Em resumo, o critério para definir tentativa falha é o conhecimento do autor sobre obstáculos objetivos ou subjetivos para a consumação do fato, no final da ação executiva: a arma nega fogo, na tentativa de homicídio; o autor perde o poder de ereção, no esforço físico da tentativa de estupro.³⁵

Assim, necessário se faz retomar a análise do caso hipotético exposto no capítulo anterior, de modo a apresentar a solução ideal: dois sujeitos forçam a parada de um carro dos Correios e, ao verificarem que só havia cartas no interior, e não mercadorias de valor, empreendem fuga do local.

Partindo da aplicação do conteúdo ora abordado, pode-se dizer que a questão não gira em torno de “poder prosseguir e não querer”, mas de “querer e não poder” (fórmula de Frank).³⁶

O cerne do problema reside na indagação de como desistir de algo que já não se pode mais consumir pela perda do interesse?

A resposta encontra respaldo no julgamento do AgRg no REsp n. 1819128/SP, pelo Superior Tribunal de Justiça³⁷, em que a Corte reconheceu que a ausência de bens de valor em poder da vítima não afasta a tipificação do crime de roubo na modalidade tentada.

Dessa forma, pode-se afirmar que a voluntariedade do agente exige o olhar atento do julgador, a fim de que a lei penal seja aplicada de forma coerente com o caso concreto, para que seja possível construir, ainda que lentamente, um ambiente de segurança jurídica nos órgãos que exercem a jurisdição penal.

³⁴ *Ibidem*, p. 396-397.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ GRECO, *opus citatum*, p. 62.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n. 1819128/SP*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271819128%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271819128%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271819128%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271819128%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 01 ago. 2023.

3. A (INEFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DIANTE DOS POSSÍVEIS RESULTADOS PRÁTICOS ORIUNDOS DA APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DA TENTATIVA, DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA OU DO CRIME IMPOSSÍVEL

Previsto no artigo 17 do Código Penal³⁸, o crime impossível se verifica quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, jamais ocorrerá a consumação.³⁹

Do mesmo modo que a desistência voluntária, o crime impossível também guarda afinidade com o instituto da tentativa, já que, em ambos, o agente inicia, em seu plano interno, a execução da conduta criminosa que não alcança a consumação.

No entanto, na tentativa é possível atingir a consumação, pois os meios empregados pelo agente são idôneos, e o objeto material contra o qual se dirige a conduta é um bem jurídico suscetível de sofrer lesão ou perigo de lesão. Pode-se afirmar, portanto, que há exposição do bem a dano ou perigo.⁴⁰

Já no crime impossível, o emprego de meios ineficazes ou o ataque a objetos impróprios impossibilitam a produção do resultado, inexistindo situação de perigo ao bem jurídico penalmente tutelado.

Três teorias se destinam a promover uma análise mais detida do conceito de crime impossível, quais sejam: a teoria subjetiva, a teoria objetiva-pura e a teoria objetiva temperada, moderada ou matizada.⁴¹

A primeira, segundo Von Buri, aponta para a não importância do meio ou do objeto absoluta ou relativamente ineficazes ou impróprios, pois, para a configuração da tentativa, basta que o agente tenha agido com vontade de praticar a infração penal. O agente, para essa teoria, é punido pela sua intenção delituosa, mesmo que no caso concreto bem algum se colocasse em situação de perigo.⁴²

Para a teoria objetiva-pura, não importa se o meio ou o objeto eram absoluta ou relativamente inidôneos para que se pudesse chegar ao resultado cogitado pelo agente, uma vez que em nenhuma dessas situações responderá ele pela tentativa.

³⁸ BRASIL, *opus citatum*, nota 1.

³⁹ MASSON, *opus citatum*, p. 387.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ COSTA, Andréia Dalla; PERLIN, Edson José. Crime impossível: 17 Código Penal. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*. São Paulo, v.7, n 6, p. 996-1011, jun. 2021.

⁴² GRECO, *opus citatum*, p. 65.

Por fim, a teoria objetiva temperada entende somente puníveis os atos praticados pelo agente quando os meios e os objetos são relativamente eficazes ou impróprios, isto é, quando há alguma possibilidade de o agente alcançar o resultado pretendido.⁴³

Essa foi a teoria adotada Código Penal, pois o que importa é o risco objetivo de lesão ínsito na conduta, e não a intenção que tinha o agente ou o perigo que ficou evidenciado em seu comportamento.

Por outro lado, somente a ineficácia e a impropriedade absolutas levam à atipicidade. Se a inidoneidade for relativa, haverá tentativa.⁴⁴

Por tais razões, a jurisprudência afirma que a mera existência do objeto material é suficiente, por si só, para configurar a tentativa. É o que ocorre no exemplo do agente que, mediante destreza, coloca a mão no bolso direito da calça da vítima, com o propósito de furtar o celular, mas não obtém êxito, uma vez que o bem estava no bolso esquerdo.⁴⁵

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça, no exame do Tema Repetitivo 924, fixou a tese jurídica que “a existência de sistema de segurança ou de vigilância não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial”.⁴⁶

Reconheceu-se, portanto, que é relativa a inidoneidade da tentativa de furto em estabelecimento comercial dotado de segurança e de vigilância eletrônica e, por consequência, afastou-se a hipótese de crime impossível.

Tal afirmação se justifica pelo fato de, embora remota a possibilidade de consumação do furto iniciado no interior de estabelecimento comercial, o meio empregado pelos agentes não é absolutamente inidôneo para o fim colimado previamente, não sendo absurdo supor que, a despeito do monitoramento da ação delitiva, os agentes lograssem, por exemplo, fugir, ou mesmo, na perseguição, inutilizar ou perder alguns dos bens furtados, hipóteses em que se teria por aperfeiçoado o crime de furto.

Nesse sentido, vale destacar que apesar de o flagrante preparado pela polícia também configurar crime impossível, nos termos do enunciado de súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal⁴⁷, o tema é controvertido, pois, mesmo com as providências tomadas pelos policiais,

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ MASSON, *opus citatum*, p. 410.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1385621/MG*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1385621&_gl=1*19aicko*_ga*MTc0NjQ3MTgyMS4xNjc3MTk2OTYz*_. Acesso em: 17 out. 2023.

⁴⁷ “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”

ainda assim pode o agente ter sucesso e, nesse caso, responderá pelo delito que cometeu. Esse é um sinal de que os meios ou os objetos não eram absolutamente ineficazes ou impróprios.⁴⁸

Dessa forma, é relevante o estudo acerca da existência de duas espécies de crime impossível: por ineficácia absoluta do meio e por impropriedade absoluta do objeto.

A primeira diz respeito à incapacidade de produção do resultado pelo meio de execução empregado.⁴⁹

A segunda destina-se a atestar a absoluta impropriedade do objeto material sobre o qual recai a conduta do agente, quando inexistente antes do início da prática da conduta ou quando, nas circunstâncias em que se encontra, torna impossível a sua consumação.⁵⁰

A partir de tais apontamentos é possível inferir que, a depender das especificidades do caso concreto, a resposta penal estatal poderá seguir diferentes caminhos.

Diante de todo o exposto, pode-se constatar que a aplicação dos três institutos ora analisados repercute diretamente na insegurança jurídica que se vê instaurada no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque toda reação estatal carece, ainda que minimamente, do subjetivismo do julgador, sendo tal atributo o responsável por identificar, no caso concreto: a transição dos atos preparatórios para os atos de execução; a representação da possibilidade ou da impossibilidade de consumação do fato, ou a impropriedade absoluta do objeto sobre o qual recai a conduta do agente.

Diante disso, será possível classificar qual instituto jurídico será explorado para fins de imputação penal do agente: se o da tentativa, se o da desistência voluntária ou se o do crime impossível.

Desse modo, é claramente possível afirmar que o subjetivismo do Estado-juiz encontra limite no princípio constitucional da Segurança Jurídica. No entanto, tal limitação se traduz em uma linha tênue, facilmente abalada pelas circunstâncias do contexto fático, que poderão levar o julgador a desenvolver uma ou outra interpretação jurídica.

A repercussão penal de tal abordagem resulta na severidade extrema do Estado ao punir como tentativa casos de desistência voluntária ou de crime impossível, ou na insuficiência da resposta estatal ao promover a aplicação da desistência voluntária ou do crime impossível em casos tentados.

⁴⁸ GRECO, *opus citatum*, p. 65.

⁴⁹ Para a primeira espécie, tem-se o exemplo daquele que decide matar seu defeto com uma arma de brinquedo.

⁵⁰ Para a segunda espécie, tem-se por exemplo as situações em que se tenta matar uma pessoa já falecida ou em que se procura abortar feto de mulher que não está grávida.



Como meio de aclarar os tópicos até então estudados, e em obediência à metodologia do caso concreto, é possível tecer respostas diferentes para um mesmo caso apreciado. Assim, o exemplo hipotético de dois sujeitos que forçam a parada de um carro dos Correios e, ao verificarem que só havia cartas no interior, e não mercadorias de valor, empreendem fuga do local, pode sofrer as consequências jurídicas dos institutos da tentativa, da desistência voluntária ou, até mesmo, do crime impossível (caso os agentes não se utilizassem do constrangimento ilegal para forçar a parada do veículo), a depender do juízo de convencimento do órgão julgador.

Assim, é possível afirmar que um mesmo cenário fático possui ramificações jurídico-penais, podendo o mesmo agente ser penalizado de forma aquém ou além da justa sanção penal.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar os efeitos da tutela jurisdicional penal face as possíveis interpretações obtidas a partir de um mesmo cenário fático.

Isso porque, a depender do grau de subjetivismo do julgador, é possível que se obtenha uma resposta estatal divorciada da realidade fática enfrentada.

Tal constatação resulta na possibilidade de inefetividade da tutela jurisdicional, em alguns casos, e na efetividade desta, em outros.

Ou seja, é possível que se aplique uma sanção penal mais gravosa que a justa pena, e é possível que a resposta estatal seja ineficiente, de modo a não cumprir os objetivos repressivos e preventivos da pena.

Diante disso, e a partir de toda a análise trazida à baila, torna-se crucial o revolvimento do caso concreto exposto no decorrer do presente artigo para que se aponte qual seria a melhor solução jurídica a ser aplicada ao caso.

Assim, os dois sujeitos que forçam a parada de um carro dos Correios e, ao verificarem que só havia cartas no interior do veículo, e não mercadorias de valor, empreendem fuga do local, deveriam ser responsabilizados sob a ótica do instituto da tentativa.

Notoriamente, e conforme exposto no capítulo 2, a suposta desistência dos agentes não se traduz em voluntariedade, mas em impedimento de prosseguir por um fator alheio, qual seja: ausência de mercadorias de valor.

Conclui-se, portanto, que o objetivo principal do presente trabalho é expor a realidade presente no cotidiano dos órgãos julgadores, fortemente carregada de subjetivismo e revestida de total insegurança jurídica, já que inexistem norteadores objetivos.

A consequência prática disso é a possibilidade de se entregar uma resposta estatal aquém ou além dos limites reais do caso concreto, resultando numa (in)efetividade da tutela jurisdicional e, possivelmente, no descrédito do sistema penal e processual penal.

É certo que o estudo do tema vai além e que a sua solução tangencia a defesa e o respeito ao princípio da segurança jurídica, mediante a uniformização das jurisprudências dos órgãos que exercem a jurisdição penal, a partir da criação de requisitos mais objetivos quanto à aplicação de cada instituto abordado no presente artigo.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Maria Carolina de Melo. *A natureza jurídica da desistência voluntária e a determinação de seus efeitos*. Disponível em: < <https://fbezerra.com/web/rigueira/wp-content/uploads/2018/08/artigo-revista-advocatus.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 ago. 2023.

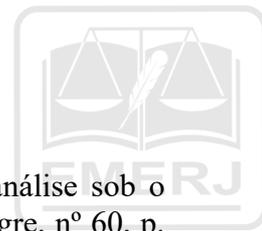
_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n. 1819128/SP*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271819128%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271819128%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271819128%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271819128%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 01 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1385621/MG*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1385621&_gl=1*19aicko*_ga*MTc0NjQ3MTgyMS4xNjc3MTk2OTYz*_ga_F31N0L6Z6D*MTY5NzU4OTM4NC43LjEuMTY5NzU4OTQ2MC41Ny4wLjA>. Acesso em: 17 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp n. 974254/TO*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2033903&num_registro=201602274509&data=20210927&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 30 nov. 2023.

CONDE, Francisco Muñoz. A desistência da tentativa de homicídio: uma análise sob o enfoque da teoria da ingerência. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 60, p. 137-162, ago. 2007-abr. 2008, *apud* FERRAREZE, Vitassir Edgar. *Teoria Geral do Delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA, Andréia Dalla; PERLIN, Edson José. Crime impossível: 17 Código Penal. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*. São Paulo, v.7, n 6, p. 996-1011, jun. 2021.



FERRAREZE, Vitassir Edgar. A desistência da tentativa de homicídio: uma análise sob o enfoque da teoria da ingerência. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 60, p. 137-162, ago. 2007-abr. 2008.

GRECO, Rogério. *Direito penal estruturado*. 3. ed., rev., atual e compl. Rio de Janeiro: Método, 2023.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PARMA, Carlos. *La tentativa*. Argentina: Cuyo, 1996, *apud* GRECO, Rogério. *Direito penal estruturado*. 3. ed., rev., atual e compl. Rio de Janeiro: Método, 2023.

SILVA, Paulo Cezar da. Desistência voluntária e arrependimento eficaz: conceito, requisitos, natureza jurídica e efeitos relacionados ao concurso de pessoa. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*. Vol. 6, n 1, p. 79-88, jan. a jun. 2003.

que muitas famílias têm em abandonar as áreas e / ou imóveis que consideram suas propriedades, mesmo que sejam ocupações informais, dificultando a realocação.

Sendo assim, cria-se um dilema quando o Estado precisa decidir entre retirar essas famílias das áreas de risco ou regularizá-las, de modo a proporcionar-lhes segurança habitacional e dignidade.

Diante desse dilema, é impossível não esbarrar no princípio da não remoção, previsto no art. 234, inciso I, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro¹⁴. Quando surge para o Estado o efetivo dever de empreender meios para proporcionar condições de habitabilidade à essas áreas ocupadas informalmente.

Sendo assim, apesar da possibilidade de prover moradia por meio de programas habitacionais governamentais, aquela população que resiste em deixar o local que consideram suas propriedades, ainda que informalmente, precisa ter seus direitos resguardados, fazendo com que o Estado providencie a regularização fundiárias, trazendo condições de habitabilidade à esses locais, de modo a assegurar o direito à moradia digna, em acordo com as diretrizes previstas no Estatuto da Cidade¹⁵.

Por fim, ainda que a legislação brasileira busca abordar essas questões na tentativa de solucioná-las, é inegável a complexidade para a resolução, tendo em vista a realocação de populações em áreas de risco versus a promoção da regularização fundiária. Por essa razão, é fundamental que o Estado encontre abordagens integradas e eficazes para garantir que todas as camadas da população tenham acesso a moradias dignas e seguras, assegurada a dignidade da pessoa humana.

2. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E AS ÁREAS REITERADAMENTE SUSCETÍVEIS À INFLUÊNCIA DE EVENTOS CLIMÁTICOS

A ocorrência cada vez mais frequente e intensa de eventos climáticos adversos, tais como alagamentos, inundações, deslizamentos, etc., conduz a sociedade a refletir sobre a responsabilidade do Estado na proteção da população que vive em zonas que são reiteradamente atingidas pelas consequências desses eventos.

¹⁴ RIO DE JANEIRO. *Constituição Estadual do Rio de Janeiro*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70450/CE_RJ_EC_92-2022_com_EC_93_94.pdf?sequence=5&isAllowed=y> Acesso em: 17 out. 2023.

¹⁵ BRASIL. *op. cit.*, nota 3.

À medida que os impactos das mudanças climáticas se intensificam, é essencial discutir o papel fundamental que o Estado desempenha na proteção da sua população mais vulnerável e na mitigação dos riscos associados a esses eventos.

É inegável que essa população vive em maior estado de vulnerabilidade e merece uma atenção especial por parte do Estado, sendo crucial que os governos assumam uma postura proativa na criação de políticas públicas principalmente de prevenção, mas também de mitigação de danos.

Um dos aspectos mais relevantes a se falar é o desabrigamento e desalojamento em massa de comunidades inteiras em áreas suscetíveis a riscos climáticos, seja hidrológico ou geológico.

É imprescindível reconhecer que as comunidades que vivem nas áreas suscetíveis a consequências de riscos climáticos frequentemente são as mais vulneráveis economicamente e socialmente, uma vez que esses grupo populacionais não possuem recursos financeiros suficientes para implementar sua moradia em uma zona cuja habitabilidade é adequada, e, portanto, quando ocorrem desastres, essas comunidades são as mais afetadas, por não ostentarem os recursos necessários para se proteger contra os eventos climáticos extremos, e o desabrigamento e desalojamento demonstram-se inevitáveis.

É possível citar como exemplo a comunidade Complexo do Salgueiro, no Município de São Gonçalo, como uma das áreas repetidamente atingida por riscos hidrológicos. Essa é uma zona geograficamente localizada próximo a Baía de Guanabara, e por ter a característica de um vale não há o devido escoamento da água da chuva, fazendo com que a população sofra com alagamentos severos, que tem como consequência uma comunidade inteira de desalojados durante a incidência de precipitações pluviométricas.

Esse cenário se repete com uma frequência preocupante, e embora aquela área não seja adequada para moradia devido às suas características geográficas e por não atender as diretrizes da Lei nº. 10.257/2001¹⁶, revelou-se um local em que era possível pessoas economicamente hipossuficientes estabelecerem suas moradias, desencadeando uma comunidade marcada pelo modelo inadequado de desenvolvimento socioeconômico, falta de infraestrutura adequada e condições precárias de moradia.

As pessoas que sofrem mais diretamente com os impactos imediatos de desastres naturais são, em sua maioria, aquelas em situação de vulnerabilidade econômica. Elas vivem em condições precárias, com acesso limitado a direitos sociais essenciais, como moradia segura,

¹⁶ *Ibid.*

cuidados de saúde básicos, saneamento, água potável, educação, oportunidades de emprego e renda adequada, além de alimentação adequada, entre outros. Além disso, os efeitos adversos dos desastres agravam ainda mais a vulnerabilidade dessas pessoas, colocando-as em situações de maior indignidade.

Diante disso, argumenta-se a existência de responsabilidade do Estado perante os prejuízos suportados pelas populações instaladas em áreas que sofrem reiteradamente com as consequências dos eventos climáticos adversos, como será demonstrado ao longo do capítulo.

Considerando que a maior parte dessas áreas povoadas que são suscetíveis à desastres e sofrem as consequências reiteradamente são de conhecimento do Poder Público, é possível afirmar que esses grupos populacionais vivem em constante violação de direitos fundamentais.

Traçando um paralelo com a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, situação em que as políticas públicas ou a falta delas estão em desacordo com a Constituição de um país, resultando em violações sistemáticas e persistentes dos direitos constitucionais dos cidadãos, essas populações vivem na invisibilidade para Estado.

Isso porque os governos não assumem um papel proativo de prevenção, como obras públicas capazes de prevenir que a situação já perpetuada seja modificada para tornar o local adequado à moradia nos termos do art. 2º do Estatuto da Cidade.¹⁷

Devido a recorrência dos efeitos imediatos das condições climáticas adversas a própria população se acostumou com o cenário de ter que lidar com as consequências da falta de gestão dos riscos de desastres, em especial as ações de prevenção.

Tendo se tornado extremamente comum e confortável para o Poder Público agir somente na fase de mitigação de danos, ou seja, quando os danos já aconteceram. Isto é, é previsível que um evento climático adverso vá acometer determinada região, é previsível também que essa região vá sofrer severas consequências, mas é normal vermos somente as ações de diminuição dos danos ocasionados.

No caso do Complexo do Salgueiro em São Gonçalo, região periférica dada como exemplo, onde alagamentos recorrentes afetam a comunidade, essa Teoria pode ser aplicada visto que problemas de alagamento estão ligados a políticas inadequadas ou à falta de ação governamental em conformidade com a Constituição brasileira.

Ademais, o Estado é responsável por identificar áreas suscetíveis a eventos climáticos e adotar medidas para proteger as pessoas e os bens nessas regiões. Isso pode incluir o desenvolvimento de códigos de construção mais rígidos, ações de controle e fiscalização mais

¹⁷ *Ibid.*

severas, a construção de infraestrutura de proteção contra riscos hidrológicos e geológicos, e, a implementação de sistemas de alerta precoce.

A habilidade de antecipar eventos naturais de grande escala é essencial para as estratégias relacionadas à prevenção, redução e preparação de riscos de desastres. É igualmente importante examinar as vulnerabilidades e reconhecer a relevância de uma abordagem integrada e coordenada que envolva o gerenciamento de riscos, planejamento urbano e ambiental. Isso deve ser feito em conjunto com a implementação do Plano Diretor, um instrumento jurídico eficaz para estabelecer políticas urbanas e diretrizes para setores como planejamento urbano, meio ambiente, prevenção de desastres, habitação, regularização fundiária, saneamento, gestão de resíduos sólidos, entre outros.

Dentre os diversos elementos que contribuíram para a criação dessa situação, merece destaque a falta de implementação de estratégias de planejamento urbano. Em outras palavras, a ausência de uma política de desenvolvimento urbano voltada para o fornecimento de habitação para a população, em especial para aqueles de baixa renda que não têm meios de adquirir moradias no mercado formal, desempenhou um papel significativo.

Por fim, o estado tem a responsabilidade de proteger seus cidadãos e suas propriedades. Isso inclui a gestão de desastres naturais e a implementação de medidas de adaptação às mudanças climáticas. Se o estado não tomar medidas adequadas para prevenir ou mitigar os impactos de eventos climáticos, pode ser considerado negligente em seu dever de cuidado com os cidadãos.

Diante do que foi exposto, conclui-se que o Estado tem uma responsabilidade clara e inegável de proteger essas populações mais vulneráveis, como a do exemplo citado, visto que muitas das áreas que sofrem com a falta de ações e obras de prevenção, são conhecidas pelo Poder Público, que se tornou inerte diante da perpetuação da situação de vulnerabilidade ao longo do tempo.

3. O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL “ALUGUEL SOCIAL” COMO FORMA DE (IN) DIGNIFICAÇÃO DA QUESTÃO DA MORADIA

O Benefício Eventual conhecido como Aluguel Social é um programa social de caráter assistencial disponibilizado em alguns municípios e estados no Brasil, para pessoas ou grupo familiares que se encontrem em situação de vulnerabilidade ou emergência social, e não possuem condições econômicas de pagar aluguel de uma moradia adequada.



Entretanto, na prática, a eficácia desse programa muitas vezes deixa muito a desejar, fazendo com as famílias fiquem em uma situação de vulnerabilidade contínua. Muitos fatores contribuem para essa ineficácia, aspectos de crucial análise para entender o porquê o aluguel social não atinge seu objetivo de dignificação.

A característica mais importante a ser frisada sobre esse benefício é o seu caráter temporário e emergencial. Isso é, comumente é concedido em situações de desastres naturais, desabrigamento, desalojamento ou outras situações de risco que tornam a moradia daquela pessoa ou família sem condições para habitabilidade.

Sendo assim, tendo em vista que os eventos climáticos podem gerar população de pessoas desabrigadas e desalojadas, pretende-se demonstrar que a concessão do Benefício Eventual Aluguel Social não seria eficaz como política pública de resolução da questão da moradia indigna.

Isso porque o Benefício Eventual Aluguel Social é uma medida de assistência social temporária destinada a atender as necessidades imediatas de moradia em situações de emergência ou vulnerabilidade. Ele não substitui políticas de habitação de longo prazo, que visam fornecer moradia permanente e adequada para a população de baixa renda.

Ao passo que a concessão do benefício é de suma importância no momento de maior vulnerabilidade causada por eventos climáticos, normalmente a quantia concedida não é suficiente para encontrar disponibilidade de moradias adequadas a tão baixo custo. Isso significa que os grupos familiares beneficiários do aluguel social podem enfrentar dificuldades para encontrar alojamento adequado.

Sendo assim, a família que fez jus ao recebimento dessa quantia e já habita em local inadequado, tende a procurar imóveis cujo aluguel seja possível ser pago com o valor do benefício, pois não possuem condições econômicas de arcar com a despesa de complementar um aluguel.

Isso faz com que por mais que o grupo familiar migre da residência originária para um outro imóvel que será custeado com a verba assistencial, esse outro imóvel frequentemente está localizado em locais periféricos ou cuja habitabilidade não é adequada, pois visa-se o baixo custo e não a efetivação da dignidade.

Há ainda a dificuldade enfrentada pelas famílias beneficiárias de aluguel social ao serem instadas a procurar moradias temporárias, considerando o contexto de desgaste emocional, falta de recursos financeiros e tempo limitado, as famílias mais vulneráveis se deparam com obstáculos significativos em sua busca por estabilidade habitacional.



É importante destacar o desgaste emocional pelo qual essas famílias passam. Muitas delas já enfrentaram situações de vulnerabilidade social, como despejos, moradias precárias ou até mesmo moradias interditadas. Quando são instadas a deixar suas residências e buscar moradias temporárias, esse processo pode causar um grande impacto psicológico.

A incerteza do futuro, a instabilidade habitacional e a preocupação com o bem-estar de seus entes queridos contribuem para um nível adicional de estresse e ansiedade.

Também, um grande entrave é a falta de recursos financeiros, pois a maior parte dessas famílias têm renda limitada, o que torna desafiador o custeio de deslocamentos para buscar as moradias temporárias.

Os gastos com transporte, alimentação e outras despesas associadas podem representar um fardo financeiro considerável, levando a escolhas difíceis entre atender às necessidades básicas - como alimentação e cuidados de saúde - ou investir em deslocamentos para procurar moradias temporárias.

A gestão do tempo entre afazeres do dia a dia e a busca por moradia também é uma questão crítica. As famílias beneficiárias precisam conciliar a busca por nova moradia com a procura por emprego, o cuidado de filhos, idosos, familiares com deficiências e outras responsabilidades familiares.

Essa situação cria um dilema complexo, pois o tempo gasto na busca por moradias temporárias é tempo que não pode ser dedicado a outras obrigações igualmente essenciais.

Além disso, considerando que o Aluguel Social é um benefício por tempo determinado, ao final da concessão as famílias tendem a retornar para suas residências anteriores. Essa é uma realidade complexa e resultado de diversos fatores que estão interligados.

O primeiro fator a ser comentado é a falta de recursos financeiros para se manter no imóvel locado por sua própria conta. Muitos grupos familiares que se beneficiaram do aluguel social já enfrentavam dificuldades financeiras antes mesmo da situação de emergência, e ao cessar o auxílio financeiro, eles podem não ter meios de continuar arcando com o pagamento de um aluguel.

Isso se dá em razão de ser comum em áreas urbanas a demanda por moradias superar amplamente a oferta, resultando em aluguéis caros e inacessíveis para as famílias economicamente hipossuficientes, tornando difícil para essas famílias encontrarem alternativas acessíveis depois de cessado o benefício.

Além disso, o aluguel social não garante moradias de qualidade. Frequentemente, as famílias de baixa renda acabam vivendo em locais insalubres, superlotados ou em bairros com altos índices de criminalidade, mesmo quando recebem assistência para pagar o aluguel.



Isso se dá em virtude dos proprietários de imóveis nem sempre estarem dispostos a alugar propriedades de qualidade para beneficiários do aluguel social, até porque o custo de aluguel dessas propriedades supera o valor do benefício recebido, automaticamente direcionando-os para unidades de moradia em más condições.

As famílias que recebem o aluguel social vivem em situação crônica de vulnerabilidade, esse fato dificulta a busca por emprego e melhoria da sua situação econômica, o que as mantém dependentes de políticas de assistência social contínua.

Embora o aluguel social proporcione um alívio imediato, não oferece às famílias as condições necessárias para construir um patrimônio ou de investir em uma moradia própria. Isso significa que, com o decurso do tempo, as famílias podem não ter perspectivas realistas de melhoria de suas condições financeiras, em razão de estar dependente do governo para ter moradia.

Ademais, após os desastres naturais ou emergências, a infraestrutura das moradias de pessoas em situação de vulnerabilidade pode ser danificada ou se tornado inabitável. Esse fator é complexo, tendo em vista que cessado o benefício e a situação de risco hidrológico ou de movimento de massa melhora, a falta de moradias seguras, adequadas e acessíveis a esse grupo pode incentivar o retorno às residências originais, que são as únicas opções disponíveis.

A falta de estratégia de longo prazo para habitação de grupos vulneráveis e ausência de políticas de desenvolvimento urbano também são fatores determinantes para a perpetuação da moradia inadequada e até mesmo falta de moradia.

A ausência de investimentos e planejamentos em infraestrutura nos locais suscetíveis a desastres faz com que as famílias continuem a enfrentar desafios na busca por imóveis com condições de habitabilidade.

CONCLUSÃO

O direito humano à moradia foi reconhecido originariamente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, no ano de 1948, estabelecendo-se como um direito fundamento amplamente acolhido em todo o mundo.

Posteriormente, as Nações Unidas expandiram o conceito de moradia digna, que passou a ser compreendido como direito à moradia adequada, transcendendo a simples questão do abrigo, tornando-o um lar em uma comunidade segura, aspecto essencial para o desenvolvimento físico, mental e social do indivíduo.



Já no contexto brasileiro, o direito à moradia encontra fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em que é arrolado como um dos direitos sociais no artigo 6º. Além disso, a Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, desempenha um papel significativo na base desse direito.

No Estatuto da Cidade, o direito à moradia foi considerado uma parte integrante do direito à cidade, junto com diversos outros direitos, com o objetivo de conferir eficácia ao contexto da moradia adequada, e, portanto, digna.

O processo de urbanização acelerado no Brasil acarretou o crescimento desordenado das cidades, em desacordo com as determinações legais, as recomendações oficiais de construção e as regulamentações de uso e ocupação do solo, como no Complexo do Salgueiro, região demograficamente propensa a inundações recorrentes.

Em meio à frequência cada vez maior de eventos climáticos extremos no Brasil, essa pesquisa teve como objetivo analisar os impactos desses eventos no direito à moradia à luz do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, e, ainda, examinar a responsabilidade civil do Estado.

Diante das considerações apontadas ao longo do trabalho foram reveladas uma série de conclusões significativas.

Inicialmente, concluiu-se que a implementação de políticas públicas para tornar áreas impróprias para moradia habitáveis pode ter efeitos negativos variados e, por isso, requer uma abordagem equilibrada. Embora essas políticas frequentemente busquem resolver imediatamente o problema da falta de moradia, elas podem por consequência levar ao deslocamento forçado de comunidades locais, agravar a segregação socioeconômica, prejudicar o meio ambiente e enfraquecer os laços culturais e sociais.

Em última instância, isso pode perpetuar ciclos de desigualdade e vulnerabilidade, em vez de solucioná-los. Portanto, é fundamental que as políticas sejam planejadas e implementadas de maneira a equilibrar o objetivo de proporcionar condições adequadas de moradia com o respeito aos direitos das comunidades afetadas.

Isso deve ser feito considerando os fatores subjacentes que levaram à ocupação de áreas impróprias para moradia, somente assim é possível promover soluções sustentáveis que atendam às necessidades habitacionais sem prejudicar o bem-estar das populações mais vulneráveis.

Quanto à responsabilidade do Estado e às áreas reiteradamente suscetíveis à influência de eventos climáticos, em última análise, demonstrou-se que o Estado possui a obrigação de

assegurar a proteção de seus cidadãos e das suas habitações, abrangendo a prevenção e administração de eventos naturais desastrosos.

A falta de ação por parte do Estado na prevenção e redução dos impactos dos eventos climáticos pode resultar em uma negligência no cumprimento de seu dever de zelar pelo bem-estar da população e integridade das suas moradias.

Com base no que foi apresentado, é incontestável que o Estado carrega uma responsabilidade manifesta e indiscutível na proteção das populações mais vulneráveis. Isto se deve ao fato de que muitas das áreas que sofrem com a ausência de ações e projetos preventivos são amplamente reconhecidas pelas autoridades governamentais, que, no decorrer do tempo, não tomaram as medidas necessárias para mitigar a persistente condição de vulnerabilidade.

Essas áreas são frequentemente afetadas de forma recorrente, resultando no desabrigo e desalojamento de uma comunidade, por vezes, inteira. Como resultado dessas circunstâncias, em alguns casos, são concedidos benefícios assistenciais de caráter temporário com o objetivo de ajudar a restabelecer a moradia dessa população.

Ocorre que após os desastres naturais ou emergências, as moradias desses indivíduos ou núcleos familiares em situação de vulnerabilidade frequentemente sofrem danos significativos ou se tornam inabitáveis, e o benefício assistencial não é eficaz em promover uma melhoria das condições de moradia dessa população.

Sendo assim, o aluguel social, apesar de ser uma medida de assistência habitacional que busca proporcionar moradia a populações vulneráveis, demonstrou-se incapaz de promover uma melhoria substancial nas condições de moradia dessas pessoas. Isso se deve, em parte, à natureza temporária do aluguel social, não aborda as raízes dos problemas habitacionais, tais como a falta de acesso a empregos estáveis, infraestrutura adequada ou a possibilidade de construir patrimônio.

Além disso, os altos custos associados ao aluguel de imóveis em locais cuja moradia estaria adequada nos termos do Estatuto da Cidade são incompatíveis com o valor muito inferior concedido a título de benefício assistencial. Portanto, a eficácia do aluguel social na promoção de melhorias nas condições de moradia das populações vulneráveis é ineficiente.

Além disso, cessado o período de vigência do benefício e a melhora da situação de risco hidrológico e geológico, a carência de habitações seguras, apropriadas e acessíveis para esse grupo induz o seu retorno às residências originais, que não possuem condições de habitabilidade, por ser a única opção disponível e não onerosa.

Em síntese, este extenso panorama sobre as políticas públicas voltadas para a habitabilidade em áreas impróprias para moradia e o uso do aluguel social como medida de

assistência habitacional revelou-se insuficiente e ineficaz. Embora essas políticas busquem solucionar a questão da falta de moradia e proporcionar abrigo temporário a populações vulneráveis, ficou demonstrado que elas frequentemente geram consequências adversas, dentre elas o deslocamento forçado.

Imperiosa foi a tarefa de compreender que somente através de esforços coordenados e políticas públicas mais abrangentes será possível alcançar uma solução eficaz que proteja e promova o direito à moradia adequada das populações vulneráveis, garantindo seu bem-estar e a proteção dos seus direitos fundamentais a longo prazo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2023.

_____. *Lei nº 10.257*, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 29 mar. 2023.

_____. *Lei nº 11.124*, de 16 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm>. Acesso em: 29 mar. 2023.

_____. *Lei nº 11.481*, de 31 de maio 2007. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111481.htm>. Acesso em: 29 mar. 2023.

CARVALHO. Renata Martins. *Gestão de riscos de desastres e políticas públicas urbanas*. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/du%20i%2010.pdf?d=636682907232710476>>. Acesso em: 19 set. 2023.

CRESCIMENTO das favelas no brasil entre 1985 a 2020 equivale a 11 Lisboas. Disponível em: <<https://mapbiomas.org/crescimento-das-favelas-no-brasil-entre-1985-e-2020-equivale-a-11-lisboas>>. Acesso em: 29 mar. 2023.

DESTAQUES do Mapeamento Anual das áreas urbanizadas do Brasil entre 1985 a 2021. Disponível em: <<https://mapbiomas.org/favelas-no-brasil-crescem-em-ritmo-acelerado-e-ocupam-106-mil-hectares>>. Acesso em: 29 mar. 2023.

JARDIM. Clarissa Ferreira. *Responsabilidade civil do Estado diante das catástrofes naturais*. 2010. 81 f. Artigo Científico (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul. 2010.

MARTINS. Robson; MARTINS. Érika Silvana Saqueti. *O Direito Fundamental à Moradia*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/369798/o-direito-fundamental-a-moradia>>. Acesso em: 29 mar. 2023.



ROMANO, Rogério Tadeu. *Anotações sobre a responsabilidade civil por danos causados por enchentes*. Disponível em:

<<https://rogeriotadeuromano.jusbrasil.com.br/artigos/1349959855/anotacoes-sobre-a-responsabilidade-civil-por-danos-causados-por-enchentes>>. Acesso em: 29 mar. 2023.



O DIREITO DE MORADIA FRENTE AOS EVENTOS CLIMÁTICOS NO BRASIL: ANÁLISE NO CONTEXTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Tamires Fernandes Barcelos

Graduada pela Universidade La Salle
(UNILASALLE). Advogada.

Resumo – Este trabalho analisa a interligação entre o direito de moradia e os eventos climáticos no contexto brasileiro. A pesquisa avulta a importância do direito à moradia como um elemento fundamental da dignidade da pessoa humana e averigua como os eventos climáticos, tais como alagamento, inundações e deslizamentos de terra ameaçam esse direito. Ademais, este artigo explora a responsabilidade civil do Estado na proteção desse direito, considerando o dever do Estado de prevenir os danos causados por eventos climáticos adversos, em um contexto de crescente vulnerabilidade de populações de áreas reiteradamente afetadas.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito de Moradia Digna. Direitos Fundamentais. Responsabilidade Civil do Estado.

Sumário – Introdução. 1. As Consequências das Políticas Públicas de Obras de Contenção, Prevenção e Infraestrutura em Áreas Impróprias para Moradia. 2. A Responsabilidade do Estado e as Áreas Reiteradamente Suscetíveis à Influência de Eventos Climáticos. 3. O Benefício Assistencial “Aluguel Social” como Forma de Dignificação da Questão da Moradia.

INTRODUÇÃO

A presente investigação versa sobre o direito de moradia frente aos eventos climáticos no Brasil, consistindo em uma análise no contexto da dignidade da pessoa humana e da responsabilidade civil do Estado.

O direito à moradia digna, apesar de previsto na Constituição Federal, é uma consequência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois trata-se de um direito humano essencial decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

O aumento da ocupação informal do solo no Brasil vem crescendo ano após ano. Com base em estudo realizado no ano de 2021 pelo Mapbiomas, o Estado do Rio de Janeiro conta com 5.038ha de favela.

O estudo permitiu identificar que as favelas estão predominantemente localizadas em áreas com declive maior que 30%, ou seja, são áreas mais suscetíveis aos riscos de acidentes potencializados pela ocorrência de eventos climáticos adversos, como por exemplo os deslizamentos de terra.

Sendo assim, as incidências de precipitações pluviométricas severas, combinadas com a estrutura precária das construções irregulares, corroboram a maior incidência de casos de tragédias que resultam em mortes e em populações desabrigadas ou desalojadas.

Perante esses casos, destaca-se a questão da prevenção e precaução, de forma a evidenciar se há responsabilidade do Estado em relação a omissão de implementação das políticas públicas que se fizerem necessárias nos locais onde os eventos climáticos ocasionam corriqueiramente tragédias.

O trabalho enfoca a temática do direito à moradia digna e a responsabilidade civil do Estado em locais cujos desastres decorrentes de eventos climáticos são frequentes, e, portanto, previsíveis. A quantidade de famílias, cada vez maior, atingidas nestas regiões denota uma conduta omissiva do Estado em políticas públicas efetivas, que vem se perpetuando ao longo dos anos.

No primeiro capítulo, busca-se responder se as políticas públicas para gerar infraestrutura e condições dignas de habitabilidade em locais notadamente impróprios para moradia contribui como incentivo à perpetuação e fomenta o aumento de construções irregulares.

Já no segundo capítulo pretende-se responder se há responsabilidade do Estado em casos de prejuízos reiterados em áreas mais suscetíveis a consequências de eventos climáticos de conhecimento do próprio Poder Público.

No terceiro capítulo procura-se evidenciar que a concessão do benefício do aluguel social seria ineficaz como política pública de resolução da questão da moradia indigna nos casos em que os eventos climáticos geram população de pessoas desabrigadas e desalojadas.

Ao final do trabalho, objetiva-se analisar se há responsabilidade do Estado nas consequências dos eventos meteorológicos em locais reiteradamente afetados, nos quais não há condições de moradia digna, e a eficácia da política de concessão de benefícios assistenciais eventuais como instrumentos perenes de dignificação da pessoa humana.

A pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo quanto à abordagem, visando a entender as questões controvertidas a respeito do direito de moradia digno, de forma que, ao final, pretende-se explanar as respostas encontradas para as problemáticas formuladas no início da pesquisa.

Para isso, a abordagem do objeto deste projeto se dá pela análise bibliográfica, por meios da análise bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

1. DESAFIOS E CONSEQUÊNCIAS DA POLÍTICA DE MORADIA EM ÁREAS DE RISCO NO BRASIL

O reconhecimento da moradia como direito humano originou-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas no ano de 1948¹, tornando-se um direito fundamental mundialmente acolhido.

Posteriormente, o direito de moradia digna foi ampliado pelas Nações Unidas ao conceito de moradia adequada, deixando de ser um simples direito ao teto, e passando a ser compreendido como o direito a um lar em uma comunidade segura para o desenvolvimento físico, mental e social.

Ao passo em que o direito à moradia foi sendo incluído em normas internacionais e nacionais, se fez necessário uma uniformização de interpretação quanto ao seu conteúdo que possibilitasse sua efetiva aplicação, para garantir condições que extrapolam a construção propriamente dita e amplia a adequação para um contexto mais amplo.

Sendo assim, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, por meio do Comentário Geral nº 4, definiu sete características essenciais a plena efetivação desse direito, quais sejam: segurança da posse; custo acessível; habitabilidade; disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos; localização adequada; adequação cultural; e acessibilidade

No Brasil, o direito à moradia está previsto no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988² e na Lei nº. 10.257/2001³, conhecida como Estatuto da Cidade. Neste último, o direito à moradia passou a ser definido como parte do direito à cidade, em conjunto com tantos outros direitos, a fim de dar eficácia ao contexto da moradia adequada, vide:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte

¹ ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU DE 1997. *Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 03 out. 2023.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 03 out. 2023.

³ BRASIL. *Lei nº 10.257*, de julho de 2001. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm> Acesso em: 26 abr. 2023.

e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;⁴

Conforme mencionado, a moradia não se resume a uma simples estrutura – construção - mas a um conjunto de elementos que reunidos permitem uma moradia digna e adequada. Neste sentido, o Estatuto da Cidade⁵ estabeleceu diretrizes gerais a serem seguidas em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos.

Dentre as diretrizes estabelecidas na Lei nº 10.257/2001⁶, destaca-se a previsão de ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a exposição da população a riscos de desastres (art. 2º, inciso VI, alínea h).

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

(...)

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

(...)

h) a exposição da população a riscos de desastres.

Ressalta-se que, uma vez que o poder público não garante moradia nem infraestrutura à população pobre, na maioria das vezes as áreas ocupadas coincidem com áreas ambientais que deveriam ser preservadas, sem o necessário preparo para essa ocupação, como encostas de morros, várzea de rios e outras áreas propensas a alterações naturais que consistem em áreas vulneráveis, e a população presente corre o risco de sofrer com alterações ambientais.

Entre os vários fatores que contribuíram para a construção desse cenário, assume relevo a ausência de práticas de planejamento urbano, ou seja, de uma política de desenvolvimento urbano preocupada em prover moradia para a população, especialmente, de baixa renda, sem condições de adquirir no mercado legal.

O marco jurídico da política pública de proteção de riscos e minimização de desastres é a Lei nº 12.608/2012⁷, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC); dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil (SINPDEC) e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil (CONPDEC); autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ BRASIL. *Lei nº 12.608*, de abril de 2012. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12608.htm> Acesso em: 26 abr. 2023.

A referida lei tem como função primordial a criação do sistema nacional de defesa civil e a definição das ações de mitigação, preparação, resposta e recuperação em caso de desastres naturais, expostas como os objetivos da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC (artigo 5º).

Neste sentido, no âmbito das ocupações irregulares em áreas de risco, a Lei nº 12.608/2012⁸ dispõe no artigo 4º, inciso XI, sobre a realocação da população residente em áreas de risco e áreas ambientalmente vulneráveis. Contudo, a referida diretriz se contrapõe com a diretriz prevista na Lei nº 11.977/2009⁹, que é o marco jurídico da política pública de regularização fundiária em áreas urbanas e define a regularização fundiária de interesse social aplicável a assentamentos irregulares ocupados por população de baixa renda.

Essas duas diretrizes, embora com propósitos nobres, frequentemente se contrapõem, gerando desafios consideráveis para a formulação e implementação de políticas habitacionais eficazes que atendam às necessidades dessas populações e o interesse público.

No intuito de proteger a população que vive em áreas de risco, muitas vezes em situações precárias e de vulnerabilidade ambiental, foi criada a Lei n. 12.608/2012¹⁰, a qual prevê a realocação dessas famílias para locais seguros, com o objetivo de garantir sua integridade e segurança. Entretanto, a complexidade se apresenta quando a realocação é necessária em áreas ocupadas de maneira irregular.

A Lei nº 11.977/2009¹¹, por seu turno, objetiva regularizar assentamentos informais, regularmente ocupados por populações de baixa renda, proporcionando-lhes acesso à propriedade legal de suas terras e à infraestrutura básica.

O ponto crucial de contradição e complexidade emerge na interseção entre essas duas legislações. Pois, na maioria dos casos, as ocupações irregulares em áreas de risco são, por definição, assentamentos informais da população de baixa renda. Desse modo, a realocação prevista na Lei n. 12.608/2012¹² conflita diretamente com a busca por regularização fundiária proposta pela Lei n. 11.977/2009¹³.

Isso se dá porque em muitos casos a regularização fundiária envolve a concessão de propriedade legal para as famílias que ocupam áreas irregulares, como exemplo é possível citar o programa Minha Casa Minha Vida. No entanto, a complexidade está presente na resistência

⁸ *Ibid.*

⁹ BRASIL. *Lei nº 11.977*, de 07 de julho de 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm> Acesso em: 04 out. 2023.

¹⁰ BRASIL. *op. cit.*, nota 7.

¹¹ BRASIL. *op. cit.*, nota 9.

¹² BRASIL. *op. cit.*, nota 7.

¹³ BRASIL. *op. cit.*, nota 9.

que muitas famílias têm em abandonar as áreas e / ou imóveis que consideram suas propriedades, mesmo que sejam ocupações informais, dificultando a realocação.

Sendo assim, cria-se um dilema quando o Estado precisa decidir entre retirar essas famílias das áreas de risco ou regularizá-las, de modo a proporcionar-lhes segurança habitacional e dignidade.

Diante desse dilema, é impossível não esbarrar no princípio da não remoção, previsto no art. 234, inciso I, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro¹⁴. Quando surge para o Estado o efetivo dever de empreender meios para proporcionar condições de habitabilidade à essas áreas ocupadas informalmente.

Sendo assim, apesar da possibilidade de prover moradia por meio de programas habitacionais governamentais, aquela população que resiste em deixar o local que consideram suas propriedades, ainda que informalmente, precisa ter seus direitos resguardados, fazendo com que o Estado providencie a regularização fundiárias, trazendo condições de habitabilidade à esses locais, de modo a assegurar o direito à moradia digna, em acordo com as diretrizes previstas no Estatuto da Cidade¹⁵.

Por fim, ainda que a legislação brasileira busca abordar essas questões na tentativa de solucioná-las, é inegável a complexidade para a resolução, tendo em vista a realocação de populações em áreas de risco versus a promoção da regularização fundiária. Por essa razão, é fundamental que o Estado encontre abordagens integradas e eficazes para garantir que todas as camadas da população tenham acesso a moradias dignas e seguras, assegurada a dignidade da pessoa humana.

2. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E AS ÁREAS REITERADAMENTE SUSCETÍVEIS À INFLUÊNCIA DE EVENTOS CLIMÁTICOS

A ocorrência cada vez mais frequente e intensa de eventos climáticos adversos, tais como alagamentos, inundações, deslizamentos, etc., conduz a sociedade a refletir sobre a responsabilidade do Estado na proteção da população que vive em zonas que são reiteradamente atingidas pelas consequências desses eventos.

¹⁴ RIO DE JANEIRO. *Constituição Estadual do Rio de Janeiro*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70450/CE_RJ_EC_92-2022_com_EC_93_94.pdf?sequence=5&isAllowed=y> Acesso em: 17 out. 2023.

¹⁵ BRASIL. *op. cit.*, nota 3.

À medida que os impactos das mudanças climáticas se intensificam, é essencial discutir o papel fundamental que o Estado desempenha na proteção da sua população mais vulnerável e na mitigação dos riscos associados a esses eventos.

É inegável que essa população vive em maior estado de vulnerabilidade e merece uma atenção especial por parte do Estado, sendo crucial que os governos assumam uma postura proativa na criação de políticas públicas principalmente de prevenção, mas também de mitigação de danos.

Um dos aspectos mais relevantes a se falar é o desabrigamento e desalojamento em massa de comunidades inteiras em áreas suscetíveis a riscos climáticos, seja hidrológico ou geológico.

É imprescindível reconhecer que as comunidades que vivem nas áreas suscetíveis a consequências de riscos climáticos frequentemente são as mais vulneráveis economicamente e socialmente, uma vez que esses grupo populacionais não possuem recursos financeiros suficientes para implementar sua moradia em uma zona cuja habitabilidade é adequada, e, portanto, quando ocorrem desastres, essas comunidades são as mais afetadas, por não ostentarem os recursos necessários para se proteger contra os eventos climáticos extremos, e o desabrigamento e desalojamento demonstram-se inevitáveis.

É possível citar como exemplo a comunidade Complexo do Salgueiro, no Município de São Gonçalo, como uma das áreas repetidamente atingida por riscos hidrológicos. Essa é uma zona geograficamente localizada próximo a Baía de Guanabara, e por ter a característica de um vale não há o devido escoamento da água da chuva, fazendo com que a população sofra com alagamentos severos, que tem como consequência uma comunidade inteira de desalojados durante a incidência de precipitações pluviométricas.

Esse cenário se repete com uma frequência preocupante, e embora aquela área não seja adequada para moradia devido às suas características geográficas e por não atender as diretrizes da Lei nº. 10.257/2001¹⁶, revelou-se um local em que era possível pessoas economicamente hipossuficientes estabelecerem suas moradias, desencadeando uma comunidade marcada pelo modelo inadequado de desenvolvimento socioeconômico, falta de infraestrutura adequada e condições precárias de moradia.

As pessoas que sofrem mais diretamente com os impactos imediatos de desastres naturais são, em sua maioria, aquelas em situação de vulnerabilidade econômica. Elas vivem em condições precárias, com acesso limitado a direitos sociais essenciais, como moradia segura,

¹⁶ *Ibid.*

cuidados de saúde básicos, saneamento, água potável, educação, oportunidades de emprego e renda adequada, além de alimentação adequada, entre outros. Além disso, os efeitos adversos dos desastres agravam ainda mais a vulnerabilidade dessas pessoas, colocando-as em situações de maior indignidade.

Diante disso, argumenta-se a existência de responsabilidade do Estado perante os prejuízos suportados pelas populações instaladas em áreas que sofrem reiteradamente com as consequências dos eventos climáticos adversos, como será demonstrado ao longo do capítulo.

Considerando que a maior parte dessas áreas povoadas que são suscetíveis à desastres e sofrem as consequências reiteradamente são de conhecimento do Poder Público, é possível afirmar que esses grupos populacionais vivem em constante violação de direitos fundamentais.

Traçando um paralelo com a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, situação em que as políticas públicas ou a falta delas estão em desacordo com a Constituição de um país, resultando em violações sistemáticas e persistentes dos direitos constitucionais dos cidadãos, essas populações vivem na invisibilidade para Estado.

Isso porque os governos não assumem um papel proativo de prevenção, como obras públicas capazes de prevenir que a situação já perpetuada seja modificada para tornar o local adequado à moradia nos termos do art. 2º do Estatuto da Cidade.¹⁷

Devido a recorrência dos efeitos imediatos das condições climáticas adversas a própria população se acostumou com o cenário de ter que lidar com as consequências da falta de gestão dos riscos de desastres, em especial as ações de prevenção.

Tendo se tornado extremamente comum e confortável para o Poder Público agir somente na fase de mitigação de danos, ou seja, quando os danos já aconteceram. Isto é, é previsível que um evento climático adverso vá acometer determinada região, é previsível também que essa região vá sofrer severas consequências, mas é normal vermos somente as ações de diminuição dos danos ocasionados.

No caso do Complexo do Salgueiro em São Gonçalo, região periférica dada como exemplo, onde alagamentos recorrentes afetam a comunidade, essa Teoria pode ser aplicada visto que problemas de alagamento estão ligados a políticas inadequadas ou à falta de ação governamental em conformidade com a Constituição brasileira.

Ademais, o Estado é responsável por identificar áreas suscetíveis a eventos climáticos e adotar medidas para proteger as pessoas e os bens nessas regiões. Isso pode incluir o desenvolvimento de códigos de construção mais rígidos, ações de controle e fiscalização mais

¹⁷ *Ibid.*

severas, a construção de infraestrutura de proteção contra riscos hidrológicos e geológicos, e, a implementação de sistemas de alerta precoce.

A habilidade de antecipar eventos naturais de grande escala é essencial para as estratégias relacionadas à prevenção, redução e preparação de riscos de desastres. É igualmente importante examinar as vulnerabilidades e reconhecer a relevância de uma abordagem integrada e coordenada que envolva o gerenciamento de riscos, planejamento urbano e ambiental. Isso deve ser feito em conjunto com a implementação do Plano Diretor, um instrumento jurídico eficaz para estabelecer políticas urbanas e diretrizes para setores como planejamento urbano, meio ambiente, prevenção de desastres, habitação, regularização fundiária, saneamento, gestão de resíduos sólidos, entre outros.

Dentre os diversos elementos que contribuíram para a criação dessa situação, merece destaque a falta de implementação de estratégias de planejamento urbano. Em outras palavras, a ausência de uma política de desenvolvimento urbano voltada para o fornecimento de habitação para a população, em especial para aqueles de baixa renda que não têm meios de adquirir moradias no mercado formal, desempenhou um papel significativo.

Por fim, o estado tem a responsabilidade de proteger seus cidadãos e suas propriedades. Isso inclui a gestão de desastres naturais e a implementação de medidas de adaptação às mudanças climáticas. Se o estado não tomar medidas adequadas para prevenir ou mitigar os impactos de eventos climáticos, pode ser considerado negligente em seu dever de cuidado com os cidadãos.

Diante do que foi exposto, conclui-se que o Estado tem uma responsabilidade clara e inegável de proteger essas populações mais vulneráveis, como a do exemplo citado, visto que muitas das áreas que sofrem com a falta de ações e obras de prevenção, são conhecidas pelo Poder Público, que se tornou inerte diante da perpetuação da situação de vulnerabilidade ao longo do tempo.

3. O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL “ALUGUEL SOCIAL” COMO FORMA DE (IN) DIGNIFICAÇÃO DA QUESTÃO DA MORADIA

O Benefício Eventual conhecido como Aluguel Social é um programa social de caráter assistencial disponibilizado em alguns municípios e estados no Brasil, para pessoas ou grupo familiares que se encontrem em situação de vulnerabilidade ou emergência social, e não possuem condições econômicas de pagar aluguel de uma moradia adequada.



Entretanto, na prática, a eficácia desse programa muitas vezes deixa muito a desejar, fazendo com as famílias fiquem em uma situação de vulnerabilidade contínua. Muitos fatores contribuem para essa ineficácia, aspectos de crucial análise para entender o porquê o aluguel social não atinge seu objetivo de dignificação.

A característica mais importante a ser frisada sobre esse benefício é o seu caráter temporário e emergencial. Isso é, comumente é concedido em situações de desastres naturais, desabrigamento, desalojamento ou outras situações de risco que tornam a moradia daquela pessoa ou família sem condições para habitabilidade.

Sendo assim, tendo em vista que os eventos climáticos podem gerar população de pessoas desabrigadas e desalojadas, pretende-se demonstrar que a concessão do Benefício Eventual Aluguel Social não seria eficaz como política pública de resolução da questão da moradia indigna.

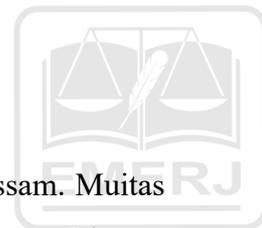
Isso porque o Benefício Eventual Aluguel Social é uma medida de assistência social temporária destinada a atender as necessidades imediatas de moradia em situações de emergência ou vulnerabilidade. Ele não substitui políticas de habitação de longo prazo, que visam fornecer moradia permanente e adequada para a população de baixa renda.

Ao passo que a concessão do benefício é de suma importância no momento de maior vulnerabilidade causada por eventos climáticos, normalmente a quantia concedida não é suficiente para encontrar disponibilidade de moradias adequadas a tão baixo custo. Isso significa que os grupos familiares beneficiários do aluguel social podem enfrentar dificuldades para encontrar alojamento adequado.

Sendo assim, a família que fez jus ao recebimento dessa quantia e já habita em local inadequado, tende a procurar imóveis cujo aluguel seja possível ser pago com o valor do benefício, pois não possuem condições econômicas de arcar com a despesa de complementar um aluguel.

Isso faz com que por mais que o grupo familiar migre da residência originária para um outro imóvel que será custeado com a verba assistencial, esse outro imóvel frequentemente está localizado em locais periféricos ou cuja habitabilidade não é adequada, pois visa-se o baixo custo e não a efetivação da dignidade.

Há ainda a dificuldade enfrentada pelas famílias beneficiárias de aluguel social ao serem instadas a procurar moradias temporárias, considerando o contexto de desgaste emocional, falta de recursos financeiros e tempo limitado, as famílias mais vulneráveis se deparam com obstáculos significativos em sua busca por estabilidade habitacional.



É importante destacar o desgaste emocional pelo qual essas famílias passam. Muitas delas já enfrentaram situações de vulnerabilidade social, como despejos, moradias precárias ou até mesmo moradias interditadas. Quando são instadas a deixar suas residências e buscar moradias temporárias, esse processo pode causar um grande impacto psicológico.

A incerteza do futuro, a instabilidade habitacional e a preocupação com o bem-estar de seus entes queridos contribuem para um nível adicional de estresse e ansiedade.

Também, um grande entrave é a falta de recursos financeiros, pois a maior parte dessas famílias têm renda limitada, o que torna desafiador o custeio de deslocamentos para buscar as moradias temporárias.

Os gastos com transporte, alimentação e outras despesas associadas podem representar um fardo financeiro considerável, levando a escolhas difíceis entre atender às necessidades básicas - como alimentação e cuidados de saúde - ou investir em deslocamentos para procurar moradias temporárias.

A gestão do tempo entre afazeres do dia a dia e a busca por moradia também é uma questão crítica. As famílias beneficiárias precisam conciliar a busca por nova moradia com a procura por emprego, o cuidado de filhos, idosos, familiares com deficiências e outras responsabilidades familiares.

Essa situação cria um dilema complexo, pois o tempo gasto na busca por moradias temporárias é tempo que não pode ser dedicado a outras obrigações igualmente essenciais.

Além disso, considerando que o Aluguel Social é um benefício por tempo determinado, ao final da concessão as famílias tendem a retornar para suas residências anteriores. Essa é uma realidade complexa e resultado de diversos fatores que estão interligados.

O primeiro fator a ser comentado é a falta de recursos financeiros para se manter no imóvel locado por sua própria conta. Muitos grupos familiares que se beneficiaram do aluguel social já enfrentavam dificuldades financeiras antes mesmo da situação de emergência, e ao cessar o auxílio financeiro, eles podem não ter meios de continuar arcando com o pagamento de um aluguel.

Isso se dá em razão de ser comum em áreas urbanas a demanda por moradias superar amplamente a oferta, resultando em aluguéis caros e inacessíveis para as famílias economicamente hipossuficientes, tornando difícil para essas famílias encontrarem alternativas acessíveis depois de cessado o benefício.

Além disso, o aluguel social não garante moradias de qualidade. Frequentemente, as famílias de baixa renda acabam vivendo em locais insalubres, superlotados ou em bairros com altos índices de criminalidade, mesmo quando recebem assistência para pagar o aluguel.



Isso se dá em virtude dos proprietários de imóveis nem sempre estarem dispostos a alugar propriedades de qualidade para beneficiários do aluguel social, até porque o custo de aluguel dessas propriedades supera o valor do benefício recebido, automaticamente direcionando-os para unidades de moradia em más condições.

As famílias que recebem o aluguel social vivem em situação crônica de vulnerabilidade, esse fato dificulta a busca por emprego e melhoria da sua situação econômica, o que as mantém dependentes de políticas de assistência social contínua.

Embora o aluguel social proporcione um alívio imediato, não oferece às famílias as condições necessárias para construir um patrimônio ou de investir em uma moradia própria. Isso significa que, com o decurso do tempo, as famílias podem não ter perspectivas realistas de melhoria de suas condições financeiras, em razão de estar dependente do governo para ter moradia.

Ademais, após os desastres naturais ou emergências, a infraestrutura das moradias de pessoas em situação de vulnerabilidade pode ser danificada ou se tornado inabitável. Esse fator é complexo, tendo em vista que cessado o benefício e a situação de risco hidrológico ou de movimento de massa melhora, a falta de moradias seguras, adequadas e acessíveis a esse grupo pode incentivar o retorno às residências originais, que são as únicas opções disponíveis.

A falta de estratégia de longo prazo para habitação de grupos vulneráveis e ausência de políticas de desenvolvimento urbano também são fatores determinantes para a perpetuação da moradia inadequada e até mesmo falta de moradia.

A ausência de investimentos e planejamentos em infraestrutura nos locais suscetíveis a desastres faz com que as famílias continuem a enfrentar desafios na busca por imóveis com condições de habitabilidade.

CONCLUSÃO

O direito humano à moradia foi reconhecido originariamente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, no ano de 1948, estabelecendo-se como um direito fundamento amplamente acolhido em todo o mundo.

Posteriormente, as Nações Unidas expandiram o conceito de moradia digna, que passou a ser compreendido como direito à moradia adequada, transcendendo a simples questão do abrigo, tornando-o um lar em uma comunidade segura, aspecto essencial para o desenvolvimento físico, mental e social do indivíduo.



Já no contexto brasileiro, o direito à moradia encontra fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em que é arrolado como um dos direitos sociais no artigo 6º. Além disso, a Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, desempenha um papel significativo na base desse direito.

No Estatuto da Cidade, o direito à moradia foi considerado uma parte integrante do direito à cidade, junto com diversos outros direitos, com o objetivo de conferir eficácia ao contexto da moradia adequada, e, portanto, digna.

O processo de urbanização acelerado no Brasil acarretou o crescimento desordenado das cidades, em desacordo com as determinações legais, as recomendações oficiais de construção e as regulamentações de uso e ocupação do solo, como no Complexo do Salgueiro, região demograficamente propensa a inundações recorrentes.

Em meio à frequência cada vez maior de eventos climáticos extremos no Brasil, essa pesquisa teve como objetivo analisar os impactos desses eventos no direito à moradia à luz do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, e, ainda, examinar a responsabilidade civil do Estado.

Diante das considerações apontadas ao longo do trabalho foram reveladas uma série de conclusões significativas.

Inicialmente, concluiu-se que a implementação de políticas públicas para tornar áreas impróprias para moradia habitáveis pode ter efeitos negativos variados e, por isso, requer uma abordagem equilibrada. Embora essas políticas frequentemente busquem resolver imediatamente o problema da falta de moradia, elas podem por consequência levar ao deslocamento forçado de comunidades locais, agravar a segregação socioeconômica, prejudicar o meio ambiente e enfraquecer os laços culturais e sociais.

Em última instância, isso pode perpetuar ciclos de desigualdade e vulnerabilidade, em vez de solucioná-los. Portanto, é fundamental que as políticas sejam planejadas e implementadas de maneira a equilibrar o objetivo de proporcionar condições adequadas de moradia com o respeito aos direitos das comunidades afetadas.

Isso deve ser feito considerando os fatores subjacentes que levaram à ocupação de áreas impróprias para moradia, somente assim é possível promover soluções sustentáveis que atendam às necessidades habitacionais sem prejudicar o bem-estar das populações mais vulneráveis.

Quanto à responsabilidade do Estado e às áreas reiteradamente suscetíveis à influência de eventos climáticos, em última análise, demonstrou-se que o Estado possui a obrigação de

assegurar a proteção de seus cidadãos e das suas habitações, abrangendo a prevenção e administração de eventos naturais desastrosos.

A falta de ação por parte do Estado na prevenção e redução dos impactos dos eventos climáticos pode resultar em uma negligência no cumprimento de seu dever de zelar pelo bem-estar da população e integridade das suas moradias.

Com base no que foi apresentado, é incontestável que o Estado carrega uma responsabilidade manifesta e indiscutível na proteção das populações mais vulneráveis. Isto se deve ao fato de que muitas das áreas que sofrem com a ausência de ações e projetos preventivos são amplamente reconhecidas pelas autoridades governamentais, que, no decorrer do tempo, não tomaram as medidas necessárias para mitigar a persistente condição de vulnerabilidade.

Essas áreas são frequentemente afetadas de forma recorrente, resultando no desabrigo e desalojamento de uma comunidade, por vezes, inteira. Como resultado dessas circunstâncias, em alguns casos, são concedidos benefícios assistenciais de caráter temporário com o objetivo de ajudar a restabelecer a moradia dessa população.

Ocorre que após os desastres naturais ou emergências, as moradias desses indivíduos ou núcleos familiares em situação de vulnerabilidade frequentemente sofrem danos significativos ou se tornam inabitáveis, e o benefício assistencial não é eficaz em promover uma melhoria das condições de moradia dessa população.

Sendo assim, o aluguel social, apesar de ser uma medida de assistência habitacional que busca proporcionar moradia a populações vulneráveis, demonstrou-se incapaz de promover uma melhoria substancial nas condições de moradia dessas pessoas. Isso se deve, em parte, à natureza temporária do aluguel social, não aborda as raízes dos problemas habitacionais, tais como a falta de acesso a empregos estáveis, infraestrutura adequada ou a possibilidade de construir patrimônio.

Além disso, os altos custos associados ao aluguel de imóveis em locais cuja moradia estaria adequada nos termos do Estatuto da Cidade são incompatíveis com o valor muito inferior concedido a título de benefício assistencial. Portanto, a eficácia do aluguel social na promoção de melhorias nas condições de moradia das populações vulneráveis é ineficiente.

Além disso, cessado o período de vigência do benefício e a melhora da situação de risco hidrológico e geológico, a carência de habitações seguras, apropriadas e acessíveis para esse grupo induz o seu retorno às residências originais, que não possuem condições de habitabilidade, por ser a única opção disponível e não onerosa.

Em síntese, este extenso panorama sobre as políticas públicas voltadas para a habitabilidade em áreas impróprias para moradia e o uso do aluguel social como medida de

assistência habitacional revelou-se insuficiente e ineficaz. Embora essas políticas busquem solucionar a questão da falta de moradia e proporcionar abrigo temporário a populações vulneráveis, ficou demonstrado que elas frequentemente geram consequências adversas, dentre elas o deslocamento forçado.

Imperiosa foi a tarefa de compreender que somente através de esforços coordenados e políticas públicas mais abrangentes será possível alcançar uma solução eficaz que proteja e promova o direito à moradia adequada das populações vulneráveis, garantindo seu bem-estar e a proteção dos seus direitos fundamentais a longo prazo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2023.

_____. *Lei nº 10.257*, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 29 mar. 2023.

_____. *Lei nº 11.124*, de 16 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm>. Acesso em: 29 mar. 2023.

_____. *Lei nº 11.481*, de 31 de maio 2007. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111481.htm>. Acesso em: 29 mar. 2023.

CARVALHO. Renata Martins. *Gestão de riscos de desastres e políticas públicas urbanas*. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/du%20i%2010.pdf?d=636682907232710476>>. Acesso em: 19 set. 2023.

CRESCIMENTO das favelas no brasil entre 1985 a 2020 equivale a 11 Lisboas. Disponível em: <<https://mapbiomas.org/crescimento-das-favelas-no-brasil-entre-1985-e-2020-equivale-a-11-lisboas>>. Acesso em: 29 mar. 2023.

DESTAQUES do Mapeamento Anual das áreas urbanizadas do Brasil entre 1985 a 2021. Disponível em: <<https://mapbiomas.org/favelas-no-brasil-crescem-em-ritmo-acelerado-e-ocupam-106-mil-hectares>>. Acesso em: 29 mar. 2023.

JARDIM. Clarissa Ferreira. *Responsabilidade civil do Estado diante das catástrofes naturais*. 2010. 81 f. Artigo Científico (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul. 2010.

MARTINS. Robson; MARTINS. Érika Silvana Saqueti. *O Direito Fundamental à Moradia*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/369798/o-direito-fundamental-a-moradia>>. Acesso em: 29 mar. 2023.



ROMANO, Rogério Tadeu. *Anotações sobre a responsabilidade civil por danos causados por enchentes*. Disponível em:
<<https://rogeriotadeuromano.jusbrasil.com.br/artigos/1349959855/anotacoes-sobre-a-responsabilidade-civil-por-danos-causados-por-enchentes>>. Acesso em: 29 mar. 2023.



ANÁLISE CRÍTICA DA ADOÇÃO DA TEORIA NORTE-AMERICANA QUANTO AOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS CASOS ENVOLVENDO VÍTIMAS DE CRIMES SEXUAIS

Thaís Fróes Villela Aldrighi

Graduada pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada.

Resumo – As redes sociais criaram um espaço democrático de compartilhamento de notícias e experiências. Contudo, em razão do seu alcance, representam um risco para a sociedade. O que é postado nas redes não pode ser recuperado integralmente. Nesse contexto, sobressaem-se os casos de notícias em que a mídia, abusando do seu direito de livre manifestação, expõe, sem autorização, a identidade de mulheres vítimas de crimes sexuais, fato esse que perpetua o ciclo de violência. Diante desse cenário, o presente trabalho defende a necessidade de limitação do direito à livre manifestação, por meio da regulação das mídias, a fim de preservar o direito à intimidade e à privacidade dessas mulheres.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Vítimas de Crimes Sexuais.

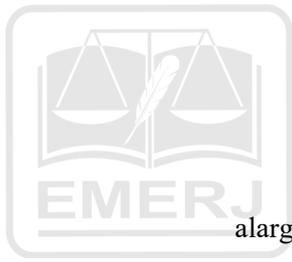
Sumário – Introdução. 1. Limites ao direito à liberdade de expressão e o direito ao esquecimento. 2. Conflito aparente de normas: liberdade de expressão e direito à privacidade e à intimidade. 3. Problemas do abuso da liberdade de expressão: vitimização terciária e perpetuação da violência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As redes sociais criaram um espaço de democratização da informação e de pluralidade de vozes, sendo um mecanismo com potencial enorme de gerar impactos positivos. Todavia, em razão da sua capacidade de “atingir” milhares de pessoas em meros segundos, as redes sociais também representam um risco para a sociedade. Uma postagem realizada por um usuário e que foi replicada inúmeras vezes, mesmo sendo posteriormente retirada por violar direitos, permanece eternizada no mundo virtual. Assim, uma vez violado um direito por meio deste mecanismo, a sua plena reparação não é uma realidade possível.

Portanto, discutir os limites da liberdade de expressão em um mundo cada vez mais globalizado e interligado pelas redes sociais tornou-se imperativo, ainda mais quando a expressão afeta direitos individuais sensíveis, como é o caso dos dados – sigilosos – das vítimas de crimes sexuais.

Grifa-se que a liberdade de expressão é um direito fundamental muito caro em nosso ordenamento jurídico. A Constituição Federal de 1988 é reflexo de um momento histórico delicado, qual seja, a ditadura. Portanto, é coerente que a Carta, visando combater os resquícios do regime e da censura, tenha conferido ao direito de manifestação um papel de destaque.



Todavia, os excessos, protetivos ou autoritários, tendem a criar problemas. Com o alargamento da liberdade de expressão surgiram questões como o discurso de ódio, a espetacularização do processo penal, o direito ao esquecimento. Problemas esses que ganham um contorno ainda maior com o crescimento das redes sociais.

Nesse sentido, o limite entre a vida pública e a vida privada está cada vez mais fragilizado, sendo a privacidade de um indivíduo objeto de lucro de outros. Dessa forma, urge que a comunidade jurídica discuta os processos de regulação da mídia, e mais precisamente das redes sociais.

No primeiro capítulo do presente trabalho reflete-se sobre até que ponto é possível afirmar que a escolha dos Tribunais Superiores pela aplicação da perspectiva norte-americana dos limites da liberdade de expressão é a medida que melhor preserva a democracia e as liberdades fundamentais.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, se o ordenamento pátrio, levando em conta a ponderação entre o direito à intimidade e à privacidade e o direito à liberdade de expressão, permite que em nome do direito de expressão toda e qualquer informação seja veiculada pelos órgãos de comunicação.

Por fim, no terceiro capítulo, considerando-se os recentes casos envolvendo a divulgação de dados sensíveis de vítimas de crimes sexuais, examina-se se é possível afirmar que a indenização e a retratação são medidas eficazes – suficientes – para inibir manifestações que violam direitos da personalidade.

É inegável que o objeto do presente trabalho trata de uma questão controvertida de difícil solução, portanto, a fim de buscar-se a melhor solução possível, aquela que não acarreta a supressão de nenhum direito e, simultaneamente, não resulta em uma proteção deficiente, é utilizado o método de pesquisa qualitativo, quanto à abordagem, e explicativo, quanto aos objetivos.

Ademais, a investigação do problema é feita por meio de material escrito e publicado, física ou virtualmente, como livros, artigos e julgados do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, quanto aos procedimentos, a pesquisa é bibliográfica.

1. LIMITES AO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

A liberdade de expressão é direito constitucionalmente previsto que compõe uma dimensão estrutural do Estado Democrático de Direito, necessário ao autogoverno da



possuiriam interesse em conhecer os fatos e rever os acertos e erros como sociedade. Dessarte, o interesse público seria potencial.⁸

Portanto, a partir da análise do Tema 786, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal, em nome de um suposto potencial interesse público, confere à liberdade de expressão uma dimensão deveras alargada, permitindo com isso que a intimidade – direito constitucionalmente previsto – dos atores envolvidos no fato noticiado seja, *a priori*, violada, sendo os excessos analisados caso a caso. Entretanto, em um mundo digital, no qual a informação uma vez veiculada e replicada não mais pode ser extirpada da rede, casos excepcionais, como os envolvendo crimes sexuais, devem ter um tratamento especial, privilegiando-se a intimidade.

2. CONFLITO APARENTE DE NORMAS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

Determinar o que é uma informação de relevância pública e o que configura uma violação à intimidade e à privacidade não é uma tarefa fácil, ainda mais com o crescimento das redes sociais e da monetização da vida privada. Assim, para tentar determinar quais situações devem receber tutela do Estado, foram criadas algumas teorias.

A Teoria dos Círculos Concêntricos divide o direito à intimidade em três camadas, sendo elas: a vida privada, a intimidade e o segredo. Este último compõe a camada mais interna do círculo, ele é formado pelos dados que não são compartilhados com qualquer outra pessoa. A intimidade, por sua vez, é a camada intermediária e contém informações que são divididas com um número limitado de pessoas. Por fim, a vida privada, primeira camada do círculo, representa as relações interpessoais, ou seja, situações que são conhecidas por um número maior de pessoas e podem ser objeto de notícias públicas.⁹

Por outro lado, a Teoria das Esferas divide a intimidade em quatro níveis: esfera da publicidade, esfera pessoal, esfera privada e esfera íntima. No primeiro, os atos são praticados publicamente e possuem como destinatário a coletividade. Assim, esse nível não demanda tutela do Estado, o ato foi criado para ser público. No segundo nível, estão as relações interpessoais, que apenas interessam aos envolvidos. No terceiro, os dados estão ligados a fatos que compõe

⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota. 4. p.37

⁹ CUNHA, Tiago Barros; SIMÃO FILHO, Adalberto. A Teoria dos Círculos Concêntricos e a Preservação da Privacidade Humana no Registro Civil das Pessoas Naturais. *Anais do V Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 5, p. 265-282, out. 2017. p. 270



a personalidade da pessoa, como sua religião, orientação sexual, isto é, informações que apenas devem ser compartilhadas pelo próprio indivíduo, pois apenas dizem respeito a ele. O último nível é formado pelos sentimentos mais profundos e secretos de uma pessoa.¹⁰

A despeito da teoria que se adote, percebe-se que há dados que merecem uma proteção maior do que outros, quanto mais se aproxima de questões identitárias e emocionais maior deve ser a tutela. Logo, o direito à informação, como já apontado, não é absoluto e nem o pode ser, pois existem questões que devem ser mantidas privadas, uma vez que a sua divulgação causa mais danos do que ônus.

Nesse sentido, situam-se as informações referentes a ocorrência de crimes sexuais. Esses dados estão localizados em uma posição intermediária dentro da esfera – camada privada – ou do círculo concêntrico – camada da intimidade – porque apesar de não interessarem apenas à vítima, também não interessam a toda a sociedade. A notícia da ocorrência desse delito apenas deve envolver os atores que compõe o sistema de justiça e de auxílio à vítima. Tanto é que tais processos ocorrem em segredo de justiça, conforme artigo 234-B do Código Penal¹¹.

Portanto, quando o dado envolve a prática de um crime contra a dignidade sexual, o direito à privacidade deve prevalecer sobre o direito à informação, sendo o limite entre vida privada e vida pública evidente.

Além disso, esse limite não se atenua em razão da qualidade vítima, isto é, mesmo que a vítima seja figura pública, os meios de comunicação não têm autorização legal para divulgarem qualquer notícia sobre o caso. Isso porque se a norma penal supracitada estabeleceu que os processos que versam sobre crimes contra a dignidade sexual tramitam em segredo de justiça, não realizando nenhuma distinção quanto a qualidade da vítima – pessoa pública ou não –, não cabe ao interprete fazer distinção entre as pessoas.

Outrossim, todos os indivíduos são sujeitos de direitos e recebem do Estado o mesmo grau de proteção¹² – respeitada a isonomia material. Dessa forma, toda vítima de crime contra a dignidade sexual tem direito a ter sua identidade preservada, não estabelecendo a lei graus de proteção diversos em razão da função exercida por ela.

Assim, tendo em vista que informações referentes a ocorrência de crimes contra a dignidade sexual integram um núcleo do direito à intimidade que merece especial proteção

¹⁰*Ibid.* p. 269

¹¹BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 mar. 2023.

¹²ANDRADE. André Gustavo Corrêa de. *O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe>. Acesso em: 07 ago. 2023.

estatal e que não pode ser atenuado pela aplicação do direito à informação, não é coerente que se aplique a teoria americana quanto aos limites da liberdade de expressão.

Em regra, com base no princípio da concordância prática, evita-se que em razão da aplicação de um direito haja o sacrifício total de um outro direito, pois não há hierarquia entre direitos fundamentais. Todavia, em casos excepcionais devem ser aplicadas soluções atípicas.

Ademais, não haverá o sacrifício total do direito à liberdade de expressão e de imprensa, apenas a sua restrição em um grau elevado. Desse modo, o caso apenas poderá ser divulgado se houver o consentimento expresso, livre e inequívoco da vítima – observado o princípio da presunção de inocência.

Nesse diapasão, deve-se aplicar o princípio constitucional da máxima efetividade, de forma a garantir a mais ampla efetividade ao direito à privacidade e à intimidade nos casos envolvendo vítimas de crimes contra a dignidade sexual. Assim, o ordenamento pátrio, com base nos princípios da máxima efetividade e da concordância prática, não admite que em nome da liberdade de expressão toda e qualquer informação seja veiculada pelos órgãos de comunicação.

Dessa forma, percebe-se que o paradigma a ser observado quando se trata do tema limites à liberdade de expressão em casos envolvendo vítimas de crimes sexuais é o adotado na decisão proferida no HC 82.424-2¹³ (discurso de ódio) e não o do Tema 786¹⁴ (direito ao esquecimento). Isso porque tanto o *hate speech* quanto a privacidade da pessoa vítima de crime contra a liberdade sexual possuem como matéria de fundo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o entendimento a ser seguido é o seguinte¹⁵:

As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 82.424-2*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_82424_RS-17.09.2003.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1691621712&Signature=heKZ9%2FYvQL2C%2F4RyXw%2BVVf3Z%2Bkk%3D>. Acesso em 07 ago. 2023

¹⁴BRASIL. *op. cit.*, nota 4.

¹⁵BRASIL. *op. cit.*, nota 12.



Assim, o preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito a expor a intimidade de uma pessoa visando o lucro – e o aumento no número de “seguidores” nas redes sociais. Além disso, não há em nosso ordenamento o “direito à fofoca”, logo, notícias supérfluas que em nada influenciam a sociedade não permitem a flexibilização do direito constitucional à privacidade.

Nessa perspectiva, a liberdade de imprensa tem como base o interesse público da informação veiculada, portanto, quando a notícia em nada impacta a sociedade – além de satisfazer uma mera curiosidade – ela não está amparada pelo direito à liberdade de expressão. Dessarte, não há verdadeiro conflito entre direitos fundamentais, pois a divulgação de notícias sobre – ou contendo – a identidade de vítimas de crimes sexuais não se trata de exercício do direito à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa. Na verdade, esse tipo de notícia constitui abuso de direito, conseqüentemente, é fato não escorado pelo Direito.

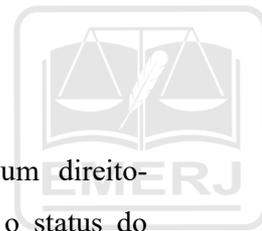
3. PROBLEMAS DO ABUSO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: VITIMIZAÇÃO TERCIÁRIA E PERPETUAÇÃO DA VIOLÊNCIA

A liberdade de expressão, como visto do capítulo anterior, não ampara todo e qualquer discurso, tendo em vista não ser um direito absoluto. Desse modo, é preciso fazer um juízo de ponderação, a fim de não reduzir o direito à intimidade e à privacidade a um mero escrito em uma folha de papel. A constituição de um sistema comunicativo que respeite os preceitos constitucionais depende da proteção, do ajuste e da regulação dos meios de comunicação.¹⁶

Nesse sentido, a regulamentação deve ter como base a tese de Jeremy Waldron sobre a liberdade de expressão. O autor fundamenta a sua teoria em três pilares: dignidade, *sense of assurance* e vulnerabilidade. A dignidade, para o jurista, está ligada ao direito de ser lembrado de forma positiva – status. O *sense of assurance* é a garantia da continuidade do status do indivíduo em seu grupo social, ele visa afastar o sentimento de insegurança. Por fim, a vulnerabilidade está ligada a proteção da dignidade de grupos minoritários, que normalmente atraem o desprezo do grupo.¹⁷

¹⁶FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e o valor equitativo das liberdades comunicativas*. 2014. 296 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 269.

¹⁷LEÃO, Martha Toribio. Liberdade de Expressão e seus Limites: Contributo para o Estudo do Tema a partir de Jeremy Waldron. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSMP*. Santa Maria, v. 16, n. 1, e377634, p. 1-14, jan/abr. 2021, p. 4.



Desse modo, a liberdade de expressão deve ser entendida como um direito-responsabilidade, devendo o Estado zelar para que o seu exercício não afete o status do indivíduo na sociedade – tanto na forma pela qual a pessoa é vista como na forma pela qual ela se vê –, principalmente quando a notícia veiculada envolve pessoa pertencente a grupo minoritário, como é o caso das mulheres vítimas de crimes sexuais.

Nesse diapasão, grifa-se que as formas de violência contra a mulher não se limitam a violência física, como é possível constatar pela leitura da Lei Maria da Penha¹⁸. A violência pode ser física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. A psicológica abrange as condutas que causam danos emocionais e diminuição da autoestima. Portanto, é lógico concluir que a veiculação de informações pela mídia sobre a identidade de vítimas de crimes sexuais, sem a necessária autorização, e sobre fatos que cercaram o delito é uma forma de violência, não uma forma de exercício do direito de liberdade de expressão.

Uma das soluções dadas pela doutrina tradicional que defende a ampla – ou até mesmo ilimitada – liberdade de expressão é a utilização do direito de retratação pela vítima. Contudo, como explica Owen Fiss, uma das consequências da “dinâmica silenciadora” é a retirada da força do discurso da vítima. Assim, mesmo quando ela se utiliza do direito de retratação, falta autoridade a suas palavras, logo, é como se nada tivesse sido falado.¹⁹

Portanto, percebe-se que não é possível deixar a regulação da liberdade de expressão entregue à lógica norte-americana do mercado das ideias, pois tal solução permite a perpetuação da desigualdade e da subordinação dos grupos minoritários. É preciso que o Estado atue positivamente, garantindo a dignidade – status – das mulheres vítimas de crimes sexuais.

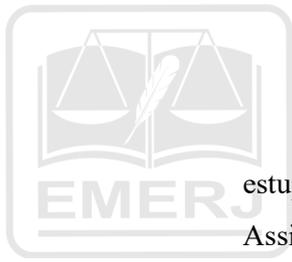
A tolerância do Estado não deve ser confundida com neutralidade, ela deve ser entendida como “tolerância à subordinação”²⁰. Nesse sentido, a ideia de que os indivíduos possuem as mesmas “armas” e que atuam em iguais condições apenas retira o caráter político dos conflitos, desconsiderando a intersecção entre direito à liberdade de expressão e feminismo.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) por meio do exame conjunto de dados da Pesquisa Nacional da Saúde (PNS/IBGE) e do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan/Ministério da Saúde) estimou que ocorrem no Brasil 822 mil casos de

¹⁸BRASIL. *Lei 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 11 set. 2023.

¹⁹FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p. 47 *apud* DADICO, Claudia Maria. *Liberdade de expressão e expressões da desigualdade de gênero: a contribuição das teorias feministas para a definição dos marcos teóricos do discurso de ódio contra mulheres*. p. 7 Disponível em: <<https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/12/CLAUDIA-MARIA-DADICO-.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2023.

²⁰BIROLI, Flávia. Democracia e tolerância à subordinação: livre-escolha e consentimento na teoria política feminista. *Revista de sociologia e política*. Curitiba, V. 21, nº 48, pp. 127-142, dez. 2013. p. 131-132.



estupro por ano. Desde total, apenas 8,5% chegam ao conhecimento da autoridade policial.²¹ Assim, percebe-se que há uma alta taxa de subnotificação.

Logo, a questão da liberdade de expressão envolvendo crimes sexuais deve ser tratada com muita cautela, pois permitir que vítimas sejam expostas acarreta a perpetuação da cifra oculta – quantidade de delitos não comunicados ao Estado – e, conseqüentemente, da violência. Além disso, permitir a exposição da vítima e das circunstâncias e conseqüências do crime – como uma gravidez – é autorizar a vitimização terciária.

A vitimização é um fenômeno estudado pela Criminologia que pode ser entendido como:

processo, pelo qual alguém (que poderá ser uma pessoa, um grupo, um segmento de sociedade, país) torna-se, ou é eleito a tornar-se, um objeto-alvo da violência por parte de outrem (que também poderá ser uma pessoa, grupo, etc.). Como processo, implica uma rede de ações e/ou omissões, interligadas entre si, dotadas de um caráter de historicidade e dinamizadas por interesses, ideologias e motivações conscientes ou inconscientes.²²

A vitimização terciária ocorre quando a pessoa, em contato com a sociedade, passa a sofrer nova lesão, isto é, “o ofendido padece de afastamento da receptividade social”²³. Ela acontece por meio de comentários maldosos, questionamentos indevidos. Assim, a vítima, após sofrer o delito e ser obrigada a revivê-lo durante a persecução penal, passa a ser “assombrada” em sua vida privada, se sentindo mais uma vez humilhada, o que atrapalha a sua convivência digna em comunidade.²⁴

Nesse diapasão, ressalta-se que as mídias desempenham um papel relevante no processo de isolamento e estigmatização da vítima, sendo, portanto, um agente ativo no fenômeno de vitimização terciária. O Instituto Patrícia Galvão, em seu relatório *Imprensa e Direitos das Mulheres: papel social e desafios da cobertura sobre feminicídios e violência sexual*, apontou que os meios de comunicação, ao noticiarem crimes sexuais, realizam uma “abordagem romantizada” e desresponsabilizam o autor pelo crime.²⁵

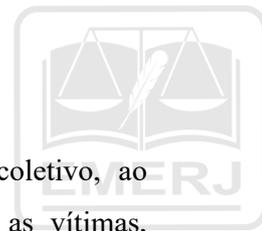
²¹IPEA. *Dados sobre Estupro no Brasil*. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1694-pbestuprofinal.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2023.

²²SÁ, Alvino Augusto de. Vitimização no sistema penitenciário. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 8, p.15-32, jul./dez. 1996. p. 15

²³HAIDAR, Caio Abou; ROSSINO, Isabela Bossolani. *Redescobindo a Vitimologia: estudos contemporâneos da vitimização quaternária e da influência midiática na criminologia*. Disponível em: <<https://sites.usp.br/pesquisaemdireito-fdrp/wp-content/uploads/sites/180/2017/01/caio-haidar.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2023.

²⁴BECKMAN, Larissa de Mello. *Criminologia, Feminismo e Crimes Sexuais: a vítima e o réu no processo penal*. 2017. 73 f. Trabalho Monográfico (Pós-Graduação Lato Sensu) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. p. 42-43

²⁵Instituto Patrícia Galvão. *Imprensa e Direitos das Mulheres: papel social e desafios da cobertura sobre feminicídios e violência sexual*. Disponível em: <<http://cebes.org.br/site/wp->



Assim, as mídias, enquanto agentes da construção do imaginário coletivo, ao noticiarem crimes sexuais sem o devido cuidado e exporem indevidamente as vítimas, perpetuam estigmas e interferem na esfera privada das mulheres, que possuem o direito de não ter a sua identidade revelada. Desse modo, com medo das repercussões sociais, muitas mulheres não denunciam e permanecem “presas” ao círculo de violência.

Logo, percebe-se que é latente a necessidade de se regular o exercício dos meios de comunicação, a fim de garantir a dignidade da mulher vítima de crime sexual, que tem o direito de não ser obrigada a reviver a violência novamente e a ter as suas dores expostas para a sociedade. Além desse papel, a regulamentação exercerá uma função importante no combate à violência contra a mulher na sociedade, pois se as vítimas têm medo de denunciar, os responsáveis não são punidos e, conseqüentemente, com a sensação de impunidade, a comunidade permanece achando que tais condutas são aceitáveis.

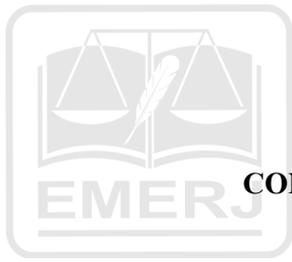
Outrossim, a indenização civil pelos danos causados não deve ser adotada como solução principal ao problema da exposição indevida de vítimas de crimes sexuais pela mídia. Isso porque uma vez publicada a notícia, o conteúdo não tem como ser totalmente recuperado e eliminado. As redes são um ambiente de replicação e descontrole, não permitindo que o conteúdo ilícito postado seja integralmente recuperado e que o status da vítima retorne ao que era.

Logo, a extensão dos danos causados pelo uso abusivo do direito à liberdade de expressão é inimaginável, o que impossibilita – em razão da inviabilidade do cálculo do *quantum debeatur* – que a indenização seja defendida como solução eficiente e suficiente – como entende a doutrina tradicional. Uma mulher vítima de crime sexual que tem sua identidade revelada sofrerá as conseqüências dessa ação durante toda a sua vida, e caso desse delito tenha surgido uma criança, não é exagerado supor que as conseqüências possam também se estender a ela.

Dessarte, as ditas soluções, dadas pela doutrina tradicional, qual seja, conceder o direito à resposta e a indenização cível, não são adequadas e proporcionais à extensão da lesão causada à mulher. Assim, como expôs Francisquini, a constituição de um sistema comunicativo que respeite os preceitos constitucionais depende da regulação dos meios de comunicação.²⁶

content/uploads/2019/12/IPG_RelatorioMonitoramentoCoberturaFeminicidioViolenciaSexual2019.pdf>. Acesso em: 12 set. 2023. p. 6

²⁶FRANCISQUINI, *op. cit.*, p. 269



CONCLUSÃO

Por tudo o que se expôs, o artigo elaborado visou demonstrar a problemática da adoção da teoria norte-americana quantos aos limites da liberdade de expressão para a resolução dos casos envolvendo a exposição indevida de vítimas de crimes sexuais. Buscou-se, por meio dos apontamentos doutrinários, demonstrar que a intimidade e privacidade das vítimas deve ser priorizada, tendo em vista ser a dignidade humana princípio central do ordenamento jurídico brasileiro.

Observou-se que a liberdade de expressão é direito constitucionalmente previsto, necessário ao desenvolvimento social e individual. Apesar da sua inegável relevância, esse direito, em razão da não homogeneidade dos valores comunitários, possui significados e limites distintos a depender da nação em que se situa. Entre as correntes existentes quanto aos seus limites, duas se sobressaltaram: a norte-americana e a alemã.

Nesse sentido, examinou-se o conteúdo das teorias destacadas e as consequências de sua aplicação. Além disso, ressaltou-se que o Brasil não acolheu de forma consolidada e absoluta nenhuma das teorias analisadas, o Supremo Tribunal Federal optou pela adoção de uma postura casuística, com tendência a eleger a teoria norte-americana, consoante demonstrado no julgamento do Tema 786.

Portanto, buscou-se demonstrar que a aplicação dessa teoria, nos casos em que a mídia, ao exercer seu direito à livre manifestação, ultrapassa seus limites e afeta o âmbito da intimidade da vítima do crime sexual, objeto da notícia, causa mais ônus do que bônus. Para tanto, utilizou-se das teorias dos Círculos Concêntricos e das Esferas a fim de sustentar que não haveria um conflito entre o direito à expressão e o direito à intimidade e à privacidade. Isso porque notícias que em nada influenciam positivamente a sociedade e que constituem abuso de direito não devem ser consideradas como fruto do exercício da liberdade de expressão e, portanto, não autorizam a flexibilização do direito constitucional à intimidade e à privacidade.

Verificou-se também que as soluções dadas pela doutrina tradicional para a resolução do conflito são insuficientes diante do impacto causado pela conduta abusiva das mídias. Como apontou-se, a exposição indevida da vítima é forma de vitimização terciária e contribuiu para a permanência da subnotificação dos casos de delitos contra a dignidade sexual. Logo, a conduta abusiva das mídias impacta todo o corpo social, principalmente as mulheres.

Desse modo, restou demonstrado a necessidade de se regular a atividade das mídias, a fim de evitar a perpetuação de condutas abusivas que extrapolam o direito à livre manifestação. Conclui-se, portanto, que a aplicação da teoria norte-americana mostrou-se ser inadequada



quanto tratar-se de caso envolvendo a exposição de vítima de crimes sexuais e que a regulação dos meios de comunicação é medida fundamental para assegurar os direitos das mulheres vítimas de crimes sexuais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe>. Acesso em: 07 ago. 2023.

BECKMAN, Larissa de Mello. *Criminologia, Feminismo e Crimes Sexuais: a vítima e o réu no processo penal*. 2017. 73 f. Trabalho Monográfico (Pós-Graduação Lato Sensu) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico B. *Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito*. São Paulo: Editora Manole, 2019. E-book. ISBN 9788520463321. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520463321/>. Acesso em: 09 mar. 2023.

BIROLI, Flávia. *Democracia e tolerância à subordinação: livre-escolha e consentimento na teoria política feminista*. Revista de sociologia e política. Curitiba, V. 21, nº 48, pp. 127-142, dez. 2013.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 mar. 2023.

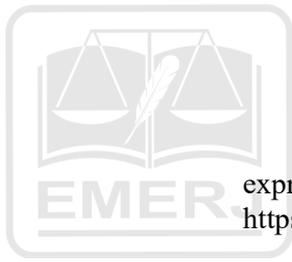
_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 mar. 2023.

_____. *Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 82.424-2*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_82424_RS-17.09.2003.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1691621712&Signature=heKZ9%2FYvQL2C%2F4RyXw%2BVVf3Z%2Bkk%3D>. Acesso em; 07 ago. 2023

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.010.606*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>>. Acesso em: 07 abr. 2023

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Série IDP: *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de*



expressão. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788547229665. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229665/>. Acesso em: 09 mar. 2023.

CUNHA, Tiago Barros; SIMÃO FILHO, Adalberto. A Teoria dos Círculos Concêntricos e a Preservação da Privacidade Humana no Registro Civil das Pessoas Naturais. *Anais do V Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 5, p. 265-282, out. 2017.

DADICO, Claudia Maria. *Liberdade de expressão e expressões da desigualdade de gênero: a contribuição das teorias feministas para a definição dos marcos teóricos do discurso de ódio contra mulheres*. p. 7 Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/12/CLAUDIA-MARIA-DADICO-.pdf>. Acesso em: 11 set. 2023.

FRANCA LUNA, N. M. P. de A.; SANTOS, G. F. *Limites entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio: Controvérsias em torno das perspectivas norte-americana, alemã e brasileira*. Gênero & Direito, [S. l.], v. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/20472>. Acesso em: 09 mar. 2023.

FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, liberdade de expressão e o valor equitativo das liberdades comunicativas*. 2014. 296 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Haidar, Caio Abou; ROSSINO, Isabela Bossolani. *Redescobrimo a Vitimologia: estudos contemporâneos da vitimização quaternária e da influência midiática na criminologia*. Disponível em: <https://sites.usp.br/pesquisaemdireito-fdrp/wp-content/uploads/sites/180/2017/01/caio-haidar.pdf>. Acesso em: 12 set. 2023.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. *Imprensa e Direitos das Mulheres: papel social e desafios da cobertura sobre feminicídios e violência sexual*. Disponível em: http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2019/12/IPG_RelatorioMonitoramentoCoberturaFemicidioViolenciaSexual2019.pdf. Acesso em: 12 set. 2023.

IPEA. *Dados sobre Estupro no Brasil*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1694-pbestuprofinal.pdf>. Acesso em: 11 set. 2023.

LEÃO, Martha Toribio. *Liberdade de Expressão e seus Limites: Contributo para o Estudo do Tema a partir de Jeremy Waldron*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSMP. Santa Maria, v. 16, n. 1, e377634, p. 1-14, jan/abr. 2021.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. *Limites entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio: controvérsias em torno das perspectivas norte-americana, alemã e brasileira*. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/20472/11800>. Acesso em: 06 abr. 2023.

MACHADO, Jónatas, E.M; BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues de. *Liberdade de Expressão, Informações falsas e figuras públicas: O perigo de manipulação da esfera de discurso público*. Disponível em: https://eje.tre-ba.jus.br/pluginfile.php/10394/mod_label/intro/art10-jonatas-e-machado.pdf. Acesso em: 06 abr. 2023.



MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Grupo GEN, 2012. E-book. ISBN 9788522481163. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481163/>. Acesso em: 09 mar. 2023.

SÁ, Alvino Augusto de. Vitimização no sistema penitenciário. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 8, p.15-32, jul./dez. 1996.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade: Revista e Atualizada*, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 9788522493449. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522493449/>. Acesso em: 09 mar. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Processo C-131/12*. Grande Secção. Disponível em:

<<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

VASCONCELLOS, Lydia Maria Cavalcanti. *O Direito ao Esquecimento e a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*. Disponível em:

<https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/LydiaMariaCavalcanti.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023.



A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS APENADOS, SEU IMPACTO NA REINCIDÊNCIA CRIMINAL E A DIFICULDADE DE REINSERIR-LO NO CONTEXTO SOCIAL

Vitória Sousa Lago Bazilio dos Santos

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

Resumo – o recente tema enfrentado pelo Supremo Tribunal de Justiça levantou debate sobre as violações aos direitos e garantias fundamentais que ocorrem dentro de presídios. Desse modo, surgiram argumentos que trouxeram à tona que as violações sempre ocorreram de forma sistêmica, contrariamente ao que prevê a Constituição Federal e a Legislação Processual Penal. No presente trabalho, visa-se à análise de tais fatos, bem como trazer o debate quanto às consequências provenientes de tais violações. Diante disso, defende-se a necessidade de preservar direitos e garantias fundamentais nos termos do Ordenamento Jurídico Brasileiro e sob a luz da sociologia, com objetivo de assegurar o regular cumprimento da pena à medida que busca a ressocialização do condenado.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Direitos e Garantias Fundamentais dos Apenados.

Sumário – Introdução. 1. A violação de direitos e garantias fundamentais dos apenados e a consequente estigmatização social. 2. As restrições constitucionalmente impostas e os impactos negativos na reintegração social do apenado. 3. O desinteresse em assegurar direitos aos apenados e o decorrente desestímulo à ressocialização. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo constitui-se sobre debate quanto aos direitos e garantias fundamentais dos apenados e em sua massiva violação pelo Estado. Busca refletir sobre as possíveis consequências advindas das violações a tais direitos e os motivos que, eventualmente, levam os apenados a voltarem à vida criminosa.

No primeiro capítulo, aborda-se que a Constituição Federal de 1988 confere algumas garantias aos presos e àqueles que passam pela persecução penal, tal fato constitui marco que simboliza a preocupação com aqueles que estão em situação de vulnerabilidade e, ao mesmo tempo, estão sob a tutela do Estado.

Importante frisar que os direitos conferidos aos apenados não são idealizados pela Constituição Federal de 1988, isto é, não marcam inovação na ordem jurídica. Pelo contrário, a humanização das penas, por exemplo, é observada desde o iluminismo em que Cesare Beccaria reflete sobre o tratamento conferido aos indivíduos que são submetidos à



Desse modo, compreende-se que o Estado possui interesse direto e legítimo em assegurar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, sejam eles apenados ou não, e isso se dá porque a violação de um direito poderá gerar impacto não só àquele que foi vítima, mas impacta toda sociedade.

No segundo capítulo, aborda-se que é necessária a reflexão sobre até que ponto uma violação do Estado gera impactos à vida íntima do apenado e até mesmo se é razoável entender que tais imposições tirânicas geram consequências negativas ou bloqueiam a reintegração plena do apenado, bem como se o caráter ressocializador da pena e os demais direitos e garantias fundamentais presentes no atual ordenamento jurídico são de fato suficientes.

No terceiro capítulo, buscou-se observar o impacto na taxa de reincidência e cerca de 70% dos condenados voltam a delinquir. Assim, verifica-se que o Estado falha em assegurar direitos e garantias fundamentais a todos os indivíduos, isso porque em um Estado Democrático de Direito, constituído em época pós-ditatorial, é esperado que não fossem admitidas violações que ensejam, por exemplo, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais, como averiguado em decisão recente do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o trabalho tem como objetivo primordial analisar se a violação de direitos e garantias fundamentais promove a estigmatização dificultando ao apenado reingressar à vida social, inclusive, com intuito de ponderar se o impedimento na emissão de documentos gera impacto na reintegração social, bem como, especificamente, busca observar a importância de conferir e assegurar direitos políticos, em especial a capacidade ativa, para que o apenado possa escolher, como cidadão, quem tem capacidade de representar seus interesses politicamente.

Diante de todo exposto, infere-se que a violação dos direitos e garantias dos apenados é tão intensa que evoluiu para o reconhecimento pelo próprio Estado de sua ocorrência, o que invariavelmente levanta questionamentos quanto à possibilidade de tais indivíduos voltarem a delinquir e constrói obstáculos à efetiva reintegração social.

O presente artigo utiliza a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória, qualitativa e histórica, com objetivo de ponderar quanto ao tema em questão.

1. A VIOLAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS APENADOS E A CONSEQUENTE ESTIGMATIZAÇÃO SOCIAL

Segundo as reflexões de Cesare Beccaria¹, principal figura frente ao iluminismo penal, entende-se que os cidadãos, buscando resolver seus litígios e conservar fração de sua liberdade, depositou parte dela naquele que seria responsável por garantir o bem geral, o soberano do povo.

O total dessas liberdades é o que confere ao Estado soberano o *ius puniendi*, isto é, o domínio da persecução penal e da aplicação das leis. Entretanto, o Estado não poderá agir sem o império da lei e deverá observar os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana.

Está presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789², precisamente nos artigos segundo, quarto e oitavo, que o Estado soberano deve conservar os direitos do homem, cita-se: liberdade e segurança; que as pessoas são livres para fazerem o que quiserem, desde que isso não viole o direito de outrem, segundo os limites da lei; e que a lei deve ser equilibrada para punir na proporção em que a norma foi violada sem, contudo, violar os direitos do réu.

Observa-se que a preocupação estatal quanto à preservação dos direitos fundamentais daqueles que estão sob a custódia estatal não é novidade do século XXI, mas esteve presente até mesmo antes do período iluminista sendo incentivado mais fortemente desde então.

Conforme o dicionário Houaiss³ entende-se por “estigma” a marca ou cicatriz deixada por ferida ou aquilo que é considerado indigno, desonroso, bem como “estigmatização” significa censurar ou marcar negativamente. Tais conceitos permitem perceber que em razão do indivíduo ter sofrido a persecução penal invariavelmente ele será estigmatizado, isto é, sofrerá as mazelas da condenação estatal e social, essa, inclusive, após o período depurador.

O Estado, nesse caso, participa ativamente contribuindo na estigmatização dos apenados e tal fato é possível perceber quando se analisa as condições que aqueles que estão passando pela persecução penal suportam dentro e fora dos presídios.

Especificamente àqueles que se encontram cumprindo pena em regime fechado o

¹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Edipro, 2015, p. 23 e 24.

² BRASIL. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

³ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de

personalidade do agente¹³.

A estigmatização é visualizada principalmente quando o egresso em questão possui algumas características que socialmente não são aceitas ou não são bem-vistas, isto é, possui estereótipos negativos. Tal fato gera ainda mais marginalização, pois a sociedade o trata de forma preconceituosa o que pode dificultar ainda mais a ressocialização.

Se ter passado pela persecução penal e efetivamente cumprido pena é algo negativo, fazer isso sem qualquer apoio social ou estatal é especialmente difícil. Ademais, como dito anteriormente, os que estão em cumprimento de pena não podem emitir determinados documentos e aqueles que já cumpriram penas ficam marcados, pois um trabalho formal requer a certidão de bons antecedentes. Assim, há uma dupla punição, pois o indivíduo continua sendo marginalizado e estigmatizado diariamente.

Nesse sentido, entende-se que o Estado juntamente com a sociedade promove a violação de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos que passaram pela persecução penal e influenciam na segregação e estigmatização contribuindo e reafirmando a dificuldade de mudar de perspectiva e não reinserir na criminalidade após uma condenação criminal. Assim, entende-se que aqueles agentes possuem papel relevante em coibir preventivamente e repressivamente a prática de delitos, bem como poderia iniciar tal objetivo assegurando os direitos e garantias fundamentais já estabelecidos pela ordem constitucional.

2. AS RESTRIÇÕES CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTAS E OS IMPACTOS NEGATIVOS NA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DO APENADO

A Constituição Cidadã de 1988¹⁴ estabeleceu um rol de direitos fundamentais junto ao artigo quinto, bem como há presença deles em outros artigos esparsos pelo Ordenamento Jurídico. Isso possibilitou assegurar diversos princípios inerentes à pessoa humana como, por exemplo, o princípio da individualização da pena e da intranscendência.

Entretanto, estão presentes também as restrições a um direito constitucionalmente garantido a partir da imposição decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, como é o caso do artigo 15, III da CRFB/88¹⁵.

O artigo supracitado estabelece suspensão de direitos políticos após a sentença penal

¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Síntese de evidências: enfrentando o estigma contra pessoas egressas do sistema prisional e suas famílias*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/sinteseevidencias_estigma_setembro1.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2023.

¹⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

¹⁵ *Ibid.*

condenatória transitar em julgado para o caso de cometimento de crime. É necessário então observar se tal restrição tem capacidade de gerar efeitos negativos ou até mesmo impeditivos na reintegração social do apenado.

A Resolução 665¹⁶ da Organização das Nações Unidas no item 61 esclarece sobre o dever de assegurar ao apenado a interação social sendo necessário que o Estado preste assistência por meio de organismos comunitários para garantir o retorno ao ambiente social de forma efetiva, melhorando a relação com a família e com demais organismos sociais, como segue:

61. No tratamento, não deverá ser enfatizada a exclusão dos presos da sociedade, mas, ao contrário, o fato de que continuam a fazer parte dela. Com esse objetivo deve-se recorrer, na medida ao possível, à cooperação de organismos comunitários que ajudem o pessoal do estabelecimento prisional na sua tarefa de reabilitar socialmente os presos. Cada estabelecimento penitenciário deverá contar com a colaboração de assistentes sociais encarregados de manter e melhorar as relações dos presos com suas famílias e com os organismos sociais que possam lhes ser úteis. Também deverão ser feitas gestões visando proteger, desde que compatível com a lei e com a pena imposta, os direitos relativos aos interesses civis, os benefícios dos direitos da previdência social e outros benefícios sociais dos presos.¹⁷

A partir da perspectiva idealizada pela Organização das Nações Unidas conforme entendimento anterior entende-se que o Estado Brasileiro tem responsabilidade em assegurar que o apenado retorne para sociedade e, além disso, que ele não volte a delinquir. Por outro lado, a própria Constituição da República veda o exercício de direitos políticos de condenados criminalmente.

Assim, como quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucionais¹⁸ deve ser verificado se o Estado mais uma vez oprime aqueles que cumprem pena, especificamente, aqueles que estão sobre o regime semiaberto e aberto.

O regime semiaberto e aberto¹⁹ permite que o apenado, provisório ou definitivo, saia em determinados momentos do local de cumprimento de pena para trabalhar ou estudar. Contudo, quando se trata de trabalho formal, isto é, com carteira assinada, é necessário emitir alguns documentos. Assim, como já esclarecido, a suspensão de direitos políticos não impacta apenas o impedimento de exercer a capacidade ativa, mas o de exercer atos da vida cotidiana.

¹⁶BRASIL. *Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros*. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>> Acesso em: 18 jul.2023.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 4.

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Entenda os Diferentes Regimes de Cumprimento de Pena*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/entenda-os-diferentes-regimes-de-cumprimento-de-pena/>>. Acesso em: 18 jul. 2023.

O entendimento encontra embasamento também na Resolução 665²⁰ da ONU, em que descreve:

64. O dever da sociedade não termina com a libertação do preso. Deve-se dispor, por conseguinte, dos serviços de organismos governamentais ou privados capazes de prestar à pessoa solta uma ajuda pós-penitenciária eficaz, que tenda a diminuir os preconceitos para com ela e permitam sua readaptação à comunidade.²¹

Nesse sentido, observa-se recomendação transnacional para tratamento e apoio aos apenados mesmo que não estejam submetidos a um sistema de cumprimento de pena em regime fechado. É papel do Estado estabelecer planos e metas para diminuir os preconceitos eventualmente sofridos por essa parcela da sociedade, bem como incentivar que o reingresso social dos presos.

O trabalho constitui direito social e deve ser pautado na ordem econômica e social, nos termos do artigo quinto, XIII, da Constituição Federal. Ademais, deve ser levado em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana e do respeito para que, por meio do trabalho, primordialmente, o egresso ou a pessoa que ainda está em cumprimento de pena tenha oportunidade de se regenerar e contribuir à vida em sociedade.

Muito se fala sobre o papel da família e a sobrecarga da ressocialização imposta ao próprio apenado, contudo, não é possível descartar a responsabilidade do Estado que se manifesta de várias formas, tais quais: pela condução do processo, pela aplicação da medida sancionatória imposta na sentença e até mesmo pelo Estado-Juiz.

A violação massiva de direitos fundamentais estigmatiza e promove o reingresso do infrator à criminalidade, o que poderia ser evitado se as políticas públicas e, sobretudo, os direitos constitucionalmente garantidos fossem de fato concretizados.

É possível inferir esta possibilidade em razão de estatísticas observadas em outros países, como a Noruega²² que possui taxa de encarceramento drasticamente inferior a do Brasil. Isso significa que é necessário investir em políticas públicas suficientes para reconhecer o apenado como sujeito de direitos, conferindo tratamento livre de preconceitos e promovendo atividades que influenciam a mudança de comportamento.

Entende-se que a ressocialização do apenado resta comprometida quando o próprio Estado o oprime e o segrega. Isso representa um comportamento contraditório, visto que está presente na ordem constitucional a necessidade de preservação dos direitos que representam a dignidade da pessoa humana, sendo este o arcabouço para toda a aplicação do direito penal

²⁰BRASIL, *Op. cit.*, nota 16.

²¹ *Ibid.*

²²BLUME, Bruno André. *Sistemas Penitenciários em Outros Países*. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/sistemas-penitenciarios-outros-paises/> > Acesso em: 8 ago. 2023.



brasileiro, desde o primeiro momento de comunicação de um crime ao término do período de purgação.

O Brasil, apesar de ser um país atuante em prol dos direitos humanos, é também um violador. Tal situação se infere em razão das condenações do Brasil em cortes internacionais competentes para tais assuntos. Desse modo, o que se mostra necessário não é apenas prever a existência de direitos que garantem a dignidade da pessoa humana, mas sim observar se são assegurados e implementados.

Cita-se, por exemplo, o fato de 41,5%²³ das pessoas presentes em uma unidade prisional serem presos provisórios, isto é, aqueles que ainda não possuem sentença penal condenatória transitada em julgado. Isso demonstra a uma situação de submissão do apenado às arbitrariedades do Estado e expõe a concordância e a passividade da sociedade.

Há dados, inclusive, que evidenciam que as pessoas inseridas nesse contexto passam cerca de 180 dias²⁴ presas antes de ser proferida a sentença condenatória. Esse número representa uma estimativa em que certamente existem pessoas que passam muito mais tempo presas do que deveriam.

Presentes estão as violações, por exemplo, do princípio da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do direito à saúde, à profissionalização e, sobretudo, de ser reconhecido como sujeito de direitos. Todos esses são fundamentais na formação do indivíduo, bem como são essenciais à integração de uma sociedade justa pertencente a um Estado que se preocupa com o bem-estar dos que o pertencem.

Por fim, para que o Brasil seja de fato um ente soberano que exerce o papel de assegurador dos direitos e garantias fundamentais, é necessário respeitar primeiramente os direitos já conferidos pelo ordenamento pátrio, bem como repensar sua aplicabilidade com intuito de efetivá-los para que seja possível o gozo por todas as camadas sociais.

3. O DESINTERESSE EM ASSEGURAR DIREITOS AOS APENADOS E O DECORRENTE DESESTÍMULO À RESSOCIALIZAÇÃO

É de plena consciência que o Brasil passou por uma Ditadura Militar no século passado e isso impactou em inúmeros aspectos da vida social, desde a implantação do medo que assolava a sociedade como um todo, ainda que para algumas pessoas isso tenha se dado

²³ IGNACIO, Julia. *Sistema Prisional Brasileiro e o Respeito aos Direitos Humanos*: entenda! Disponível em: <<https://www.politize.com.br/sistema-prisional-e-direitos-humanos-entenda/>> Acesso em: 9 ago. 2023.

²⁴ *Ibid*

de forma inconsciente, até a diferenciação de pessoas e grupos sociais. Tal situação ocasionou a violação de direitos e garantias fundamentais já implementados e restringiu o acesso da população ao Estado, principalmente, ao Poder Judiciário.

Àquele tempo, o Brasil já havia se comprometido junto à Carta da ONU em 1945²⁵ e a Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948²⁶. Entretanto, mesmo ciente que o Estado buscava, ainda que em tese, resguardar os direitos humanos, o grupo político dominante à época não se conteve em distribuir seus muitos métodos de violações humanas à sociedade. Desse modo, observa-se, por exemplo, em âmbito constitucional-penal a repressão ao direito de se valer do habeas corpus²⁷, que é de muita valia para observar a ilegalidade de prisões ou da própria persecução penal.

Ato contínuo, posteriormente à ditadura militar, o Estado Brasileiro se viu em delicada situação econômica e caminhou ao encontro do neoliberalismo. Este surgiu para repaginar o liberalismo clássico²⁸ e se prendeu à ideia de que o Estado não pode interferir no mercado, mas não é apenas isso, o neoliberalismo também representa a flexibilização de direitos sociais, o que tem a capacidade de produzir a barbárie institucionalizada em que a população acaba tendo seus direitos diminuídos²⁹.

Nesse sentido, observa-se conforme a sociologia que o Estado é conveniente a quem o procura, dá-se muito aos ricos e aos pobres pouco se confere. Dessa ideia é possível extrair os seguintes ensinamentos:

[...] o Estado tornou-se mínimo para os pobres; para os ricos, entretanto, o Estado é máximo. (...) A exclusão de milhões de pessoas no Brasil está relacionada também à falta de cidadania. Ou seja, indivíduos que não tem direitos sociais, civis e políticos plenamente garantidos, mesmo que estes sejam garantidos pela Constituição brasileira.³⁰

A partir disso, é necessária a reflexão de como as pessoas que historicamente são excluídas conseguiriam participar da sociedade em igualdade de direitos ainda que,

²⁵ BRASIL. *Carta da Organização das Nações Unidas*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm> Acesso em: 5 out. 2023

²⁶ BRASIL. *Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 5 out. 2023.

²⁷ AZEVEDO, Rilawilson José de; MEDEIROS, Ana Beatriz Maia de; QUEIROZ, Ayslla Thalita de Sousa; ALENCAR, Davylla Beatriz Gomes. *O regime militar de 1964 e a violação dos direitos humanos*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/102082/o-regime-militar-de-1964-a-violacao-dos-direitos-humanos-e-os-impactos-na-sociedade-atual>> Acesso em: 10 set. 2023

²⁸ LISSARDY, Gerardo. *O que é o neoliberalismo e por que alguns negam que ele exista*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-59521979>> Acesso em: 18 set. 2023

²⁹ OLIVEIRA, Luiz Fernandes de; COSTA, Ricardo Cesar Rocha da. Seremos Todos flexíveis, terceirizados e produtivos? In: _____. *Sociologia para Jovens do Século XXI*. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2007, páginas 79.

³⁰ Ibid., p. 178



eventualmente, procurem meios ilícitos para se manter, já que, como mencionado, o Estado não é presente para todos.

A música brasileira conta diversas realidades, dentre essas, a da periferia, bem como reflete a voz de pessoas que são sistematicamente renegadas pelo Estado. O grupo de RAP Racionais MC's³¹ descreve em “Diário de um detento” a realidade dos presídios e de como as pessoas que ali estão são tratadas. Nesse sentido:

Cada detento uma mãe, uma crença
Cada crime uma sentença
Cada sentença um motivo, uma história de lágrima
Sangue, vidas inglórias, abandono, miséria, ódio
Sofrimento, desprezo, desilusão, ação do tempo
Misture bem essa química
Pronto, eis um novo detento³²

No trecho, é possível observar a individualidade de cada pessoa e que vários fatores podem levá-la a estar submetida a uma persecução penal. Como já foi exposto, o Estado atua de forma a contribuir ao aumento dessa marginalização. Contudo, não é razoável permitir que a sociedade junto ao Estado atue para mantê-la em tal situação.

Em decorrência da ausência do Estado, os direitos fundamentais não chegam a todas as camadas da população, sendo as mais pobres as que mais sofrem. Assim, as previsões no artigos 5º e 6º da Constituição Federal³³, não passam de normas vazias, já que não conferem reais possibilidades de integração social.

Ressalta-se, por exemplo, a impossibilidade junto ao artigo 15, III, da Constituição Federal³⁴, de condenados por sentença criminal transitada em julgado e enquanto durarem seus efeitos, ou seja, mesmo que o condenado esteja cumprindo pena em liberdade ele não será considerado um cidadão, pois ausente a possibilidade de exercer direitos políticos. Isso traz a luz que o próprio Estado despersonaliza esse indivíduo, já que ele não poderá participar ativamente da vida política.

Pois bem, em razão do Estado não assegurar tais direitos remete à sociedade que aquelas pessoas não são dignas de serem tratadas como sujeitos de direitos, isso porque, não são nem considerados cidadãos sob a ótica estatal. Isso confere segurança à sociedade para discriminar e segregar esse grupo social. Dessa forma, questiona-se como deve ser tratada a

³¹ BARREIROS, Isabela. *Diário de um detento: o clipe que narrou a brutal realidade do sistema carcerário brasileiro*. Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/diario-de-um-detento-o-clipe-que-narrou-a-brutal-realidade-de-sistema-carcerario-brasileiro.phtml>> Acesso em: 18 set. 2023

³² *Ibid.*

³³ BRASIL, *op. cit.*, nota 6

³⁴ *Ibid.*



segurança pública se o Estado é o primeiro a impor situação vexatória aos indivíduos.

A questão da ressocialização deve ser tratada de forma coordenada. Assim, faz-se necessária a atuação de organismos visando especificamente impedir o retorno de egressos ao sistema carcerário. Entretanto, isso também não é estimulado pelo Estado, apesar de haver programas nesse sentido, são incipientes e não comportam as necessidades dessas pessoas e tal fato é possível perceber quando se observa o índice de reincidência carcerária, já comentado no capítulo anterior.

Frisa-se que além da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº348³⁵ ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional dentro dos presídios por considerar que o Estado impõe condições degradantes, é possível entender que tal condição degradante, isto é, a violação de direitos e garantias fundamentais se estendem ao indivíduo libertado. Isso porque o Estado, com concordância da sociedade, continua suprimindo direitos e garantias fundamentais mesmo quando já houve o cumprimento da pena em liberdade.

A análise do índice de reincidência e a percepção de que isso acomete as camadas mais pobres da sociedade, faz perceber que além da omissão do Estado, há um desdém em cuidar de direitos básicos da população, que é mais carente de recursos. Essa invisibilidade reflete um programa governamental que confirma a estigmatização promovida pela sociedade como um todo, como se a marginalização de determinados grupos fosse incentivada.

Diante de todo exposto, observa-se que a realidade brasileira é mais cruel se observada de perto, pois mesmo com os vastos direitos conferidos em sede constitucional, alguns indivíduos que pertencem a determinados grupos sociais são sistematicamente violados. Entretanto, é importante ressaltar que essa não é apenas uma obra estatal, mas uma atitude coordenada junto à sociedade que, ainda que inconscientemente, contribui à reincidência criminal. Assim, tais fatos impactam frontalmente na ressocialização, já que vão de encontro a esta impedindo que se concretize.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática elementar, a ausência do Estado no cotidiano brasileiro que porventura podem levar ao cometimento de delitos, bem como observou que houve estabelecimento junto à Carta Magna de direito e garantias fundamentais, contudo, frisou que esses não chegaram a todas as camadas da população sendo a população carcerária uma das atingidas.

³⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 4.

Em primeiro lugar, buscou-se correlacionar a violação de direitos e garantias fundamentais à estigmatização imposta pela sociedade. Nesse sentido, observou-se que as violações e a estigmatização nada mais são que faces de uma mesma moeda, tendo em vista que a própria sociedade que estigmatiza é a que atua para que a violação ocorra.

Ato contínuo foi frisado que as restrições constitucionais impostas podem ocasionar impactos negativos na reintegração social do apenado. Assim, foi realizada comparação com outros modelos internacionais para chegar à conclusão que a repressão gera consequência para toda sociedade, visto que ela também sofrerá com os reflexos de uma possível reincidência criminal.

Frisou-se o desinteresse em assegurar os direitos já mencionados e correlacionou-se ao desestímulo à ressocialização. Nesse aspecto, buscou-se esclarecer que aspectos históricos influenciaram e ainda tem força sobre a forma que o Estado confere tratamento à sociedade conferindo maior relevância a determinados grupos sociais enquanto outros não têm o mesmo respeito.

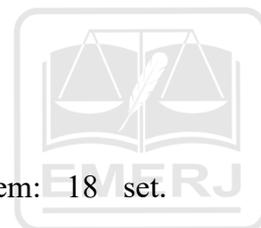
Ademais, buscou-se relacionar a atual jurisprudência com elementos originários da Constituição Federal para criticar elementos responsáveis pela segregação social com base em aspectos pessoais e sociais dos indivíduos. Entretanto, visualizou-se que o Poder Judiciário impulsiona mudanças de paradigma no tratamento de pessoas em cumprimento de pena. Assim, entendeu-se que por meio do ativismo judicial foi possível alcançar mudanças de tratamento em razão do autoconhecimento pelo Estado de suas limitações no tratamento humanitário de pessoas acauteladas.

Por fim, chegou-se a conclusão que a situação carcerária brasileira é calamitante, já que depende de vários cenários para ser resolvida ou atenuada. Contudo, foi possível perceber que o Brasil caminha para uma melhor percepção da realidade em que passa a reconhecer determinados grupos de pessoas dentro de suas peculiaridades.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rilawilson José de; *et al.*. *O regime militar de 1964 e a violação dos direitos humanos*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/102082/o-regime-militar-de-1964-a-violacao-dos-direitos-humanos-e-os-impactos-na-sociedade-atual>> Acesso em: 10 set. 2023

BARREIROS, Isabela. *Diário de um detento: o clipe que narrou a brutal realidade do sistema carcerário brasileiro*. Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/diario-de-um-detento-o-clipe>>



que-narrou-a-brutal-realidade-de-sistema-carcerario-brasileiro.phtml> Acesso em: 18 set. 2023

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 mar. 2023.

_____. *Decreto Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 04 mar. 2023.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Síntese de evidências: enfrentando o estigma contra pessoas egressas do sistema prisional e suas famílias*. Disponível em:<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/10/sintesedevidencias_estigma_setembro1.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2023.

_____. *Regras mínimas para o tratamento de prisioneiros*. Disponível em:<<http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>> Acesso em: 18 jul.2023.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Entenda os diferentes regimes de cumprimento de pena*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/entenda-os-diferentes-regimes-de-cumprimento-de-pena/>>. Acesso em: 18 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

_____. *Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789*. Disponível em:<<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro, 2015.

BLUME, Bruno André. *Sistemas penitenciários em outros países*. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/sistemas-penitenciarios-outros-paises/>> Acesso em: 8 ago. 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Estado de coisas inconstitucional*. Disponível em:<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4e732ced3463d06de0ca9a15b6153677?palavra-chave=ADPF+347&critério-pesquisa=e>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

CNJ. *Política nacional de atenção às pessoas egressas do sistema prisional*. Disponível em:<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Pol%25C3%25ADtica-Nacional-de-Aten%25C3%25A7%25C3%25A3o-%25C3%25A0s-Pessoas-Egressas-do-Sistema-Prisional_eletronico.pdf&ved=2ahUKEwj6PbKs8P9AhXkAdQKHxkZBIYQFnoECBEQAQ&usg=AOvVaw07jtMtEcnW6Z0wWdmUqURz>. Acesso em: 04 mar. 2023.

_____. *Reentradas e reiterações infracionais*. Disponível em:<<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf&ved=2ahUKewiNr4eFtcP9AhWWKlkGHZrSCyMQFnoECBYQAQ&usg=AOvVaw1aH1OIJeZB81tQC>>



iaxtDCp>. Acesso em: 05 mar. 2023.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

IPEA. *Reincidência criminal no Brasil*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=3173&catid=28&Itemid=39#:~:text=O%20resultado%20mostrou%20que%2C%20destes,%2C4%25%20na%20m%C3%A9dia%20ponderada.>. Acesso em: 05 mar. 2023

IGNACIO, Julia. *Sistema prisional brasileiro e o respeito aos direitos humanos: entenda!* Disponível em: <<https://www.politize.com.br/sistema-prisional-e-direitos-humanos-entenda/>> Acesso em: 9 ago. 2023.

JUCÁ, Roberta Laena Costa. *O papel da sociedade na política de segurança pública*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3525/o-papel-da-sociedade-na-politica-de-seguranca-publica>>. Acesso em: 27 mar. 2023.

LISSARDY, Gerardo. *O que é o neoliberalismo e por que alguns negam que ele exista*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-59521979>> Acesso em: 18 set. 2023

OLIVEIRA, Luiz Fernandes de; COSTA, Ricardo Cesar Rocha da. Seremos Todos flexíveis, terceirizados e produtivos? In: _____. *Sociologia para jovens do século XXI*. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2007.

PREUSSLER, Gustavo de Souza; CORDAZZO, Karine. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente* Jock Young. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdp/a/9kPh7HkHs9Gx4QtM8gFKpBL>>. Acesso: 4 abr. 2023.

TSE. *Confira quatro coisas que você não pode fazer sem o título de eleitor*. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Abril/fique-ligado-confira-quatro-coisas-que-vocenaopodefazersemootitulo-de-eleitor-regular>>. Acesso em: 25 mar.2023.



A EVOLUÇÃO OU O RETROCESSO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Yasmin Mercês de Castro

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (Ibmec).
Advogada.

Resumo – a Lei n.11.340/06 foi criada com o objetivo de melhor garantir os direitos humanos das mulheres que há muito se encontram em condições de desigualdade e sofrem com mortes, agressões e privações de liberdade, muitas das vezes dentro uma relação familiar. O presente tema gerou divergências no meio jurídico em relação ao tipo de ação penal aplicada aos autores de lesão corporal no âmbito da violência doméstica e familiar uma vez que a ação penal passou a ser considerada pública incondicionada à representação. Tal feito acaba cerceando o poder de decisão das mulheres que continuam reféns da condição de submissão que passaram anos tentando superar. O objetivo geral deste artigo consiste em analisar a violência doméstica e familiar e aferir se a natureza da ação penal pública incondicionada à representação vai de encontro com a vontade e com a necessidade de proteção das vítimas.

Palavras-chave – Violência Doméstica. Ação Penal Pública Incondicionada. Representação.

Sumário – Introdução. 1. A impossibilidade de aplicação, nos casos de lesões corporais leves praticadas com violência doméstica ou familiar contra mulher, da Lei n. 9.099/95. 2. Da indisponibilidade da ação penal pública condicionada a representação pela vítima nos casos do artigo 129, § 9.º do Código Penal Brasileiro. 3. Análise crítica quanto a retirada do poder de decisão das mulheres no contexto da ação penal pública incondicionada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem o objetivo geral de analisar a violência doméstica e familiar e aferir se a natureza da ação penal pública incondicionada à representação vai de encontro com a vontade e com a necessidade de proteção das vítimas. Para isso, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a preocupação com a consequência despenalizadora da não aplicabilidade da Lei n. 9.099/95, em especial, no âmbito das relações domésticas, em que seria evidente o constrangimento pela renúncia ou desistência da representação, são suficientes para cercear o direito de escolha e de liberdade da mulher.

A Lei n. 11.340/06 foi criada com o objetivo de melhor garantir os direitos humanos das mulheres que há muito se encontram em condições de desigualdade e sofrem com mortes, agressões e privações de liberdade, muitas das vezes dentro de uma relação familiar.



O presente tema gerou divergências no meio jurídico em relação ao tipo de ação penal aplicada aos autores de lesão corporal no âmbito da violência doméstica e familiar uma vez que a ação penal passou a ser considerada pública incondicionada à representação. Tal feito acaba cerceando o poder de decisão das mulheres que continuam reféns da condição de submissão que passaram anos tentando superar.

O fato de as mulheres não terem mais o poder de desistir da denúncia, já que muitas vezes procuram a delegacia não com o intuito de condenar seus parceiros mas de apenas cessar a agressão, tem diminuído os casos de busca as delegacias e gerado, conseqüentemente, o aumento da agressão contra as vítimas. Em decorrência disso, o artigo busca analisar os efeitos da ação penal incondicionada sobre o tema.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando uma análise dos impactos da ação penal incondicionada nos crimes de lesão corporal de natureza leve no contexto de violência doméstica.

Segue-se, no segundo capítulo, o debate jurídico com os argumentos que defendem a aplicação tanto da ação penal pública incondicionada, quanto da condicionada a representação.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de defender, com base em estudo de casos, qual é o melhor instituto a ser aplicado.

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

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

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.



1. A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NOS CASOS DE LESÕES CORPORAIS LEVES PRATICADAS COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA MULHER, DA LEI N. 9.099/95

A partir da entrada em vigor da Lei n. 9.099/95 – a qual trata do regramento dos Juizados Especiais Criminais e que tem, conforme disposto em seu artigo 62¹, como princípios norteadores a celeridade, a informalidade, a oralidade e a economia processual – surgiu a preocupação em trazer um direito penal mais flexível e conciliador, embasado na vontade do ofendido em decorrência das consequências que isso poderia gerar às vítimas de violência doméstica².

Sendo assim, a Lei n. 9.099/95 teve sua aplicabilidade afastada exclusivamente quanto aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, incidindo apenas quando a violência é praticada contra pessoas do sexo masculino (artigo 129, parágrafo 9º do CP)³. Nesses casos prossegue a exigência da representação do artigo 88 da Lei n. 9.099/95⁴, afastando a hipótese quando se tratar de lesões graves ou gravíssimas.

A busca por Delegacias e pela assistência do Poder Judiciário é o principal instrumento encontrado pelas partes para se protegerem das agressões sofridas por seus companheiros. No geral, as vítimas não possuem o objetivo de condenar seus parceiros, o que gera a preocupação de resguardar a vontade da mulher, contudo observando os limites que a lei impõe.

A exclusão do rito da lei supracitada, retira a possibilidade de conciliação, a qual gera a oportunidade de as partes discutirem o conflito e de serem informadas acerca de seus direitos, como também sobre os resultados de seus atos.

Para Campos, antes da Lei n. 9.099/95, os juízes, quando absolviam um agressor, procediam de acordo com a expectativa do seu papel social de gênero, buscando como critério “a importância da preservação da família e do casamento”. Portanto, o julgamento não era referente ao delito em si, mas sim em relação as consequências que se teriam diante da estabilidade dessas instituições e, quando aconteciam condenações, era porque o casamento já

¹ BRASIL. *Lei n. 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

² PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Lei 11.340/06 Análise Crítica e Sistêmica*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021 p. 59.

³ BRASIL, *op. cit.*, nota 01.

⁴ *Ibid.*



descritos no artigo 129, § 9º do Código Penal, bem como as discordâncias de opinião que existem entre os profissionais do direito em relação a essa questão.

2. DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A REPRESENTAÇÃO PELA VÍTIMA NOS CASOS DO ARTIGO 129, § 9.º DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

A ação penal pública condicionada à representação e a ação penal pública incondicionada são duas modalidades distintas de instauração do processo penal em casos de crimes, cada uma com suas características específicas.

Na Ação Penal Pública Condicionada à Representação, a instauração do processo depende da manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal. Ou seja, é necessário que a vítima, ou alguém autorizado por ela, apresente uma representação formal junto às autoridades competentes, demonstrando o desejo de ver o agressor responsabilizado criminalmente. Caso a vítima não manifeste sua vontade, o Ministério Público não pode dar início à ação penal. Essa modalidade é comum em alguns crimes de natureza menos grave ou em situações que envolvam questões mais íntimas, em que se busca proteger a privacidade e a autonomia da vítima.

Já na Ação Penal Pública Incondicionada, a instauração do processo penal não depende da vontade da vítima. Independentemente do desejo ou manifestação da pessoa atingida pelo crime, o Ministério Público possui o poder e o dever de promover a ação penal em defesa da ordem jurídica e da sociedade como um todo. Assim, é obrigação do Ministério Público buscar a responsabilização do autor do delito e prosseguir com o processo penal, mesmo que a vítima não tenha interesse em ver o caso judicializado.

Em resumo, a principal diferença entre essas duas modalidades de ação penal reside no papel da vítima no processo de instauração. Na ação penal pública condicionada à representação, a vítima exerce um papel ativo ao decidir se deseja ou não prosseguir com a ação penal, enquanto na ação penal pública incondicionada, o Ministério Público age de forma autônoma em nome da sociedade, independentemente da vontade da vítima⁸.

⁸ COSTA, Analice. *Qual a diferença entre Ação Penal Pública Condicionada e Incondicionada?*. Jusbrasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/qual-a-diferenca-entre-acao-penal-publica-condicionada-e-incondicionada/515177470>. Acesso em: 11 abr. 2023.



A indisponibilidade da ação penal pública condicionada a representação pela vítima nos casos previstos no artigo 129, § 9.º do Código Penal Brasileiro⁹ é um importante mecanismo de proteção aos direitos das vítimas de crimes de lesão corporal de natureza mais grave. Nessa modalidade, a instauração do processo penal fica condicionada à manifestação expressa da vítima, por meio de representação formal, indicando sua vontade de ver o agressor responsabilizado criminalmente. Tal condição visa assegurar a autonomia e a vontade da pessoa lesada, permitindo-lhe decidir sobre a continuidade da ação penal. Dessa forma, essa prerrogativa busca respeitar a individualidade e a dignidade da vítima, ao mesmo tempo em que procura evitar a instrumentalização do processo penal em casos em que a ação penal não é de interesse ou não representa a vontade da pessoa atingida, contribuindo, assim, para uma justiça mais justa e efetiva.

As razões pelas quais a lei utiliza diferentes tipos de ação penal (pública incondicionada e pública condicionada à representação) para casos de lesões corporais leves podem estar relacionadas a aspectos de política criminal, proteção à vítima e características específicas do tipo de crime.

A opção pela ação penal pública incondicionada em casos de lesões corporais leves no âmbito da violência doméstica contra a mulher reflete a preocupação em combater efetivamente essa grave forma de violência, mesmo que a vítima não deseje ou não tenha condições de representar criminalmente contra o agressor¹⁰. Essa medida visa evitar que o agressor escape da responsabilidade criminal em virtude da dependência emocional, medo ou pressão que a vítima possa enfrentar no contexto familiar.

Quando se trata de lesões corporais leves em contextos que não envolvem violência doméstica, a opção pela ação penal pública condicionada à representação leva em conta a proteção da autonomia da vítima. Nesses casos, o legislador entende que a pessoa atingida deve ter o direito de decidir se deseja ou não iniciar o processo penal contra o agressor. Afinal, em situações menos sensíveis e que não envolvem a complexidade das relações domésticas, a vítima pode estar mais preparada para se manifestar sobre o início da ação penal.

Essa diferenciação nas modalidades de ação penal busca equilibrar a proteção das vítimas, a efetividade do combate à violência doméstica e o respeito à autonomia individual em

⁹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

¹⁰ JUSBRASIL. *STJ decide que a violência contra a mulher, prevista na Lei Maria da Penha, é crime de ação pública incondicionada*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/stj-decide-que-a-violencia-contra-a-mulher-prevista-na-lei-maria-da-penha-e-crime-de-acao-publica-incondicionada/94900>. Acesso em: 21 set. 2023.

outras situações. Vale ressaltar que a legislação penal pode variar em diferentes países e pode ser objeto de discussões e revisões ao longo do tempo, visando sempre aprimorar a abordagem de questões tão sensíveis como a violência contra a mulher e as lesões corporais.

A adoção da ação penal pública incondicionada nos casos de lesão corporal leve no âmbito da violência doméstica contra a mulher pode gerar algumas críticas e debates em relação à sua eficácia e impacto¹¹. Algumas das principais críticas são as seguintes:

Desconsideração da vontade da vítima: Com a ação penal pública incondicionada, a vítima perde o controle sobre o processo penal, independentemente de seu desejo de denunciar ou prosseguir com a ação contra o agressor. Isso pode levar a situações em que mulheres que preferem resolver o conflito de forma extrajudicial ou que temem retaliações não têm sua vontade respeitada, o que pode afastá-las da busca por justiça.

Desestímulo à denúncia: A possibilidade de o processo penal ser iniciado sem o consentimento da vítima pode desencorajá-la a fazer a denúncia, uma vez que muitas mulheres, por medo, vergonha ou dependência financeira, podem preferir não enfrentar ações penais que possam gerar mais problemas na relação ou no contexto familiar.

Sobrecarga do sistema de justiça: A abertura de ações penais incondicionadas pode levar a um acúmulo de casos nos tribunais e sobrecarregar o sistema de justiça criminal, o que pode afetar a qualidade e a rapidez na resolução dos processos, prejudicando a efetividade da justiça em outros casos mais graves.

Complexidade das relações domésticas: A dinâmica das relações domésticas é complexa, envolvendo questões emocionais, econômicas e sociais que podem dificultar a aplicação de medidas penais de forma eficaz. A resolução dos conflitos familiares muitas vezes requer abordagens multidisciplinares e políticas públicas que vão além da atuação meramente penal.

Falta de medidas protetivas efetivas: Ações penais podem levar à prisão do agressor, mas nem sempre garantem a proteção efetiva da vítima no contexto doméstico. É necessário um olhar mais abrangente, com políticas de prevenção, proteção e apoio às vítimas para enfrentar o problema de maneira mais completa e eficiente.

É importante ressaltar que a discussão sobre a eficácia e o impacto da ação penal pública incondicionada nos casos de lesão corporal leve no contexto da violência doméstica contra a mulher é um tema complexo, que envolve diferentes perspectivas jurídicas, sociais e

¹¹ LEMOS, Rafael Cavalcante. *Lei Maria da Penha e ação penal no caso de lesão corporal leve*. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/181/ril_v46_n181_p339.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.



políticas. Medidas que busquem garantir a proteção e a justiça para as vítimas devem ser debatidas e aprimoradas constantemente para enfrentar de forma mais abrangente esse grave problema social.

3. ANÁLISE CRÍTICA QUANTO A RETIRADA DO PODER DE DECISÃO DAS MULHERES NO CONTEXTO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

A retirada do poder de decisão das mulheres nos casos em que a ação penal pública é incondicionada no âmbito da violência doméstica é uma questão complexa e polêmica que envolve considerações jurídicas, sociais e de direitos humanos.

A história das mulheres ao longo dos séculos tem sido caracterizada por uma profunda desigualdade em relação aos homens, situando-as em um papel subordinado dentro de um contexto socioeconômico e cultural.

Elas têm enfrentado discriminação, opressão e diversos tipos de abuso e violência, todos fundamentados em princípios morais, culturais e religiosos, através de práticas cruéis, degradantes e frequentemente desumanas. As mortes, agressões, exploração sexual, privação da cidadania, negação de direitos e muitas outras formas de violência, em várias estruturas políticas e sociais, representam a trajetória histórica dessa desigualdade.

Diante dessa assimetria de longa data, o legislador, ao introduzir a Lei Maria da Penha no sistema jurídico¹², concentrou-se principalmente em encontrar uma solução para os atos de violência cometidos contra mulheres no âmbito doméstico e familiar em que elas enfrentam grande sofrimento, muitas vezes incapazes de se defender e desprotegidas pelo Estado, tornando-se vítimas de diversos tipos de violência.

Neste contexto, há batalhas travadas por inúmeras mulheres que tiveram que resistir, sobreviver e defender seus princípios, buscando uma legislação que reconhecesse a igualdade e a dignidade da pessoa humana, valores essenciais sem os quais a vida perde seu propósito. Foi dentro desse âmbito, com base na supremacia da dignidade da pessoa humana, que surgiu a Lei Maria da Penha, cujo principal objetivo era proporcionar proteção constitucional às vítimas da desigualdade de gênero, inaugurando uma nova realidade na busca por uma sociedade mais livre, justa e solidária.

¹² BRASIL. *Lei n. 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 1 set. 2023.

O processo de luta pela igualdade das mulheres, embora tenha sido tardio em muitos aspectos, concentrou-se em grande parte na revogação de leis discriminatórias e na conquista de novos direitos, com o Poder Legislativo desempenhando um papel central como interlocutor principal. Para que essa luta progrida, ainda é necessário promover uma mudança de mentalidade, atitudes e cultura jurídica que prevaleceu no passado e que ainda está presente no pensamento e nas práticas dos profissionais do direito e da sociedade em geral.

A implementação da Lei n. 11.340/06¹³, que possui uma ampla base constitucional de proteção de direitos, visa principalmente aprimorar a proteção dos direitos humanos das vítimas de violência doméstica. Além disso, desde sua entrada em vigor, essa lei tem gerado debates significativos na literatura jurídica e na jurisprudência em relação à natureza jurídica da ação penal nos casos de lesões corporais leves ou culposas ocorridas no contexto da violência doméstica ou familiar contra mulheres.

Neste contexto, busca-se compreender se a natureza jurídica da ação penal pública incondicionada, nos casos de lesões corporais leves em situações domésticas ou familiares envolvendo mulheres, efetivamente respeita a dignidade da vítima e sua vontade, ao não permitir que ela escolha se quer ou não iniciar um processo contra seu agressor. Além disso, questiona-se se essa condição coloca ou não as mulheres em uma posição de desvantagem em relação aos homens e se a existência de um processo criminal, como um instrumento coercitivo do Estado com o objetivo de prevenir futuras infrações, tem proporcionado uma solução satisfatória para os conflitos familiares.

Dessa forma, foi possível constatar que abordar o tema da violência doméstica é se aproximar de uma experiência dolorosa que acompanha as mulheres nos ambientes onde essa violência ocorre. Essa situação tem persistido ao longo dos séculos, representando um caminho em direção a um universo de sofrimento e dor.

O pensamento de que, ao referir que conceber que para a vítima seria melhor que o agressor não fosse processado, seria uma violação da Lei n. 11.340/06¹⁴, seus princípios e diretrizes, sendo impossível conceber a razão da violência doméstica e familiar contra a mulher ser vista como uma das formas de violação aos direitos humanos, se a maior parte de suas questões permanecesse na esfera privada de disponibilidade, consentindo-se que mulheres oprimidas e humilhadas permanecessem com o compromisso de decidir se rompem ou não com

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

o ciclo vicioso e sucessivo da violência doméstica pelo fato de que o ente público compreende que seria inapropriado ingerir-se¹⁵.

Portanto, é crucial levar em consideração os apelos de socorro das inúmeras vítimas que enfrentam agressões, e é importante destacar que a lei não requer uma condição especial, como uma representação, para iniciar o processo criminal.

Assumir que o fato de o agressor estar respondendo a um processo por seu ato ilícito automaticamente prejudicaria a vítima e até mesmo o relacionamento do casal é uma justificação desumana para servir como base legal devido à omissão da prestação jurisdicional¹⁶.

Essa linha de pensamento é, por si só, inconsistente e prejudicial, pois sugere que a vítima, se desejar, poderia perdoar as lesões sofridas, transferindo para ela uma responsabilidade que, na verdade, pertence à Justiça Pública. Isso ocorre tanto de acordo com o art. 41 da Lei n. 11.340/06¹⁷, que proíbe a aplicação dos Juizados Especiais Criminais para esses casos, quanto pelo fato de a pena máxima para lesões corporais não se enquadrar nas chamadas "infrações de menor potencial ofensivo". Isso resulta em uma abordagem de política criminal que vai contra os objetivos da Lei Maria da Penha¹⁸.

Nesse sentido, Porto¹⁹ refere que o fato da mulher desistir do interesse em processar seu agressor trata-se de uma decisão não razoável, a qual deveria ser desconsiderada pela justiça que, a exemplo do que acontece com um incapaz, haverá de saber que melhor para vítima, pois essa se torna incapacitada para tomar tal decisão. Ainda o autor refere que essa irracionalidade da mulher tem seu início em decorrência das adversidades econômicas no sustento próprio e dos filhos, na dependência emocional e no medo de revanches.

É importante ressaltar que a desigualdade de gênero persiste nos dias atuais e requer uma série de ações afirmativas para ser combatida. É sob essa perspectiva que os profissionais do Direito precisam se basear em sua atuação. A implementação de políticas públicas que se concentrem nas questões de gênero, promovendo a educação e o empoderamento das mulheres, através de sua independência em relação aos homens, é um pilar fundamental para a construção de sociedades mais desenvolvidas, democráticas e igualitárias. A efetividade das leis é de

¹⁵CAMPOS, Amini Haddad; CORREA, Lindinalva *Direitos Humanos das Mulheres*. Doutrina, Prática, Jurisprudência, Modelos, Direito Comparado, Estatísticas, Estudos de Casos, Comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), legislação Internacional e Coletânea de Normas. Curitiba: Juruá, 2021 p. 511.

¹⁶*Ibid.*, p. 512.

¹⁷BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

¹⁸CAMPOS; CORREA, *op. cit.*, p. 512.

¹⁹PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Lei 11.340/06 Análise Crítica e Sistêmica*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021 p. 59.



extrema importância para que elas não sejam meros documentos formais, mas sim parte de um compromisso ativo dos governos e países na luta pela igualdade entre homens e mulheres.

Por isso, em nome da proteção às vítimas de violência doméstica e familiar, não é possível falar em representação quando uma mulher é vítima de lesão corporal simples no contexto da violência doméstica. O interesse maior da sociedade é a defesa das mulheres, que frequentemente são as vítimas da violência, e, por essa razão, a decisão de processar ou não o agressor não deve depender exclusivamente delas; cabe ao Ministério Público²⁰ apresentar a representação, como órgão essencial à justiça.

Seguindo essa linha de raciocínio, é reconhecida a necessidade de uma mudança cultural. No entanto, o caminho a ser percorrido é longo, uma vez que a evolução dos direitos humanos é uma conquista recente para as gerações modernas, que já nasceram sob essa perspectiva.

Assim, esta discussão não se encerra aqui, mas sim se configura como um ponto de partida, um marco, que exige um diálogo contínuo entre os profissionais do direito, a fim de que novas ideias e caminhos possam ser explorados em futuras pesquisas, contribuindo para mudar o destino das próximas gerações.

CONCLUSÃO

No desfecho dessa análise, é chegado o momento de refletir sobre as premissas que foram estabelecidas desde o início desta pesquisa. Fica evidente que a história das mulheres ao longo dos séculos tem sido caracterizada por profundas desigualdades sociais, econômicas e culturais em comparação aos homens. Elas foram submetidas a papéis secundários, à submissão, à discriminação e à opressão, frequentemente justificadas por princípios culturais e religiosos, resultando em práticas cruéis.

Essa longa jornada de desigualdade histórica se manifestou de maneira trágica através de mortes, agressões, exploração sexual, privação de direitos civis e humanos, ocorrendo em diversos contextos políticos e sociais. A Lei Maria da Penha, quando incorporada ao sistema jurídico, concentrou-se na abordagem dos atos de violência contra mulheres em ambientes domésticos e familiares, onde frequentemente enfrentavam grande sofrimento sem uma

²⁰ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 1 set. 2023.



proteção estatal adequada. No entanto, a discussão sobre a natureza da ação penal nesses casos é complexa, e mais estudos são necessários.

Nesse contexto, a promulgação da Lei Maria da Penha teve como objetivo primordial conferir proteção constitucional às vítimas da desigualdade de gênero, almejando uma sociedade mais justa, livre e solidária.

A Lei n. 11.340/06, de amplo espectro constitucional garantista, foi implementada para proporcionar uma proteção mais eficaz aos direitos humanos das vítimas de violência doméstica. Desde a sua promulgação, gerou debates na doutrina e jurisprudência, especialmente em relação à natureza jurídica da ação penal nos casos de lesão corporal leve ou culposa no contexto da violência doméstica ou familiar contra a mulher.

Nesse artigo, o objetivo principal foi explorar se a natureza da ação penal, pública e incondicionada à representação, nos casos de lesão corporal leve, ocorrida no ambiente doméstico ou familiar, efetivamente respeita a dignidade da vítima e sua vontade, ao não permitir que ela decida se deve ou não dar continuidade ao processo contra seu agressor. Além disso, foi feita a análise sobre se essa condição coloca as mulheres em uma posição de desigualdade em relação aos homens e se a presença de um processo criminal, como instrumento estatal, tem contribuído para a resolução de conflitos familiares.

Sugerir que a vítima poderia estar em melhores condições se o agressor não fosse processado é contraproducente em relação aos objetivos e princípios da Lei Maria da Penha, que a concebe como uma violação dos direitos humanos. Portanto, é fundamental atender aos apelos das vítimas submetidas a agressões e reconhecer que a lei não exige uma representação específica para dar início ao processo criminal.

Por fim, conclui-se que, em nome da proteção das vítimas de violência doméstica, não se deve exigir a representação quando uma mulher é vítima de lesão corporal simples em um contexto de violência doméstica. O interesse primordial da sociedade deve ser a defesa das mulheres, cabendo ao Ministério Público a proposição da ação penal. Conscientes de que a mudança cultural é um processo que demanda tempo, deve-se trilhar esse caminho em direção à igualdade de gênero, em consonância com a evolução gradual dos direitos humanos.

Logo, é fundamental reconhecer que a conscientização e a educação desempenham um papel crucial na transformação cultural necessária para atingir a igualdade de gênero. A mudança de mentalidade começa nas escolas, nas famílias e nos meios de comunicação. Somente assim pode-se construir uma sociedade onde as desigualdades de gênero se tornem algo do passado, e onde a dignidade e os direitos das mulheres sejam plenamente reconhecidos e protegidos.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 1 set. 2023.

_____. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

_____. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

CAMPOS, Carmen Hein. *Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico*. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/vYFxsnczy3yNGHsVRDcDpJC/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 11 abr. 2023.

CAMPOS, Amini Haddad; CORREA, Lindinalva. *Direitos Humanos das Mulheres*. Doutrina, Prática, Jurisprudência, Modelos, Direito Comparado, Estatísticas, Estudos de Casos, Comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), legislação Internacional e Coletânea de Normas. Curitiba: Juruá, 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JESUS, Damásio. *Violência Contra mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/06*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

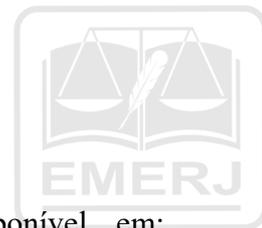
JUSBRASIL. *STJ decide que a violência contra a mulher, prevista na Lei Maria da Penha, é crime de ação pública incondicionada*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/stj-decide-que-a-violencia-contra-a-mulher-prevista-na-lei-maria-da-penha-e-crime-de-acao-publica-incondicionada/94900>. Acesso em: 21 set. 2023.

LEMOS, Rafael Cavalcante. *Lei Maria da Penha e ação penal no caso de lesão corporal leve*. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/181/ril_v46_n181_p339.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Lei 11.340/06 Análise Crítica e Sistêmica*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

PINTO, Emanuel Lutz. *Brevíssimas considerações sobre (in)exigência da representação. Violência Doméstica. Lei Maria da Penha*. Disponível em: <https://jus.com.br/revista.texto/9229/brevissimas-consideracoes-sobre>. Acesso em: 1 set. 2023.

LIMA, Fausto Rodrigues de; GONÇALVES, Ana Paula Schewelm. *A lesão corporal na violência doméstica: nova construção jurídica*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8912/alesao-corporal-na-violencia-domestica>. Acesso em: 1 set. 2023.



WELTER, Belmiro Pedro. *A norma da Lei Maria da Penha*. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273602849.pdf. Acesso em: 3 set. 2023.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br